DIE RECHTSNATUR DES GNADENAKTS

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät (Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Gerichtsreferendar Oswald Seitter
aus Kleinaspach, Kreis Backnang

1962

Fotodruck Präzis · Tübingen

7098

DIE RECHTSNATUR DES GNADENAKTS

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät (Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Gerichtsreferendar Oswald Seitter
aus Kleinaspach, Kreis Backnang

1962

Fotodruck Präzis · Tübingen

Obmann: Prof. Dr. Günther Dürig

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Otto Bachof

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Armin Kaufmann

Tag der mündlichen Prüfung: 21. 2. 1962

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTSÜBERSICHT

Seite

Literaturverzeichnis IV

Abkürzungen XXVIII

Einleitung

I. Problemstellung und Methode 1
II. Gnadenakte und gnadenähnliche Erscheinungen 4
III. Ausgrenzung von Amnestie und Abolition 11
IV. Zur überkommenen Definition des Gnadenakts 14

A) Der Gnadenakt ein Rechtsakt

I. Recht und Gnade
1. Die heterogene Wesensschau des Rechts und die Gnade 18
a) Das Recht als Macht im objektiven geistigen Sein 18
b) Das Wesen des Rechts in den rechtsgestaltenden Faktoren 21
2. Die gemeinsame Orientierung von Gnade und Recht an der Rechtsidee 23
a) Gnade und Gerechtigkeit 23
b) Gnade und Zweckmäßigkeit 26
c) Gnade und Rechtssicherheit 30

II. Rechtsgesinnung und Gnadengesinnung
1. Die Philanthropie des hellenistischen Gottkönigs 34
2. Die clementia Caesaris 37
3. Das Gottesgnadentum 38
4. "Die Großmut des Führers" 44
5. Die Menschlichkeit im Rechtsstaat 45

B) Die Einordnung des Gnadenakts in das System der Gewaltenteilung

I. Ist der Gnadenakt ein Verwaltungsakt ?
1. Gnadenakt und Gewaltentrias 49
2. Gnadenakt und Normsetzung 55
3. Richterspruch und Verwaltungsakt 59

II. Ist der Gnadenakt ein Regierungsakt ?

1. Der Bereich der Regierung 68

Seite

a) Die normativistische Lehre 70
b) Die soziologisch orientierte Methode 74
2. Die Nachprüfbarkeit der Regierungsakte 78
a) Der justizlose Hoheitsakt als Möglichkeit der Wesenserkenntnis des Gnadenakts 78
b) Der justizlose Hoheitsakt, ein Anliegen der Gesetzesinterpretation 83
c) Die Justiziabilität der Regierungsakte als Aufgabe der Grenzbestimmung des Verfassungsrechts 89

C) Das Recht auf Gnade

I. Gibt es ein materielles Recht auf Gnade ?
1. Das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts und die Gnade 94
2. Abgrenzung von scheinbar parallelen Problemen 99
a) Das Recht auf Vollzug der ausgesprochenen Gnade 99
b) Rechtsverletzungen durch Gnadenakte 99
3. Zur Rechtssatzqualität der Gnadenvorschriften 101
4. Das Recht auf Gnade als Frage nach dem Verhältnis von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit 103
5. Das Recht auf Gnade als Bewertungsproblem formaler Rechtsstaatselemente und materialer Inhalte 105

II. Gibt es ein formelles Recht auf Gnade ?
1. Das Recht auf Einhaltung der Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften 107
2. Die Ermessensbindung durch das Grundgesetz 108
a) Die Stellung des Instituts der Gnade innerhalb des verfassungsrechtlichen Gesamtgefüges 108
b) Verfassungsnorm, Geltungsanspruch und Realisierungsbedingungen 110

D) Die Rechtskontrolle des Gnadenakts

I. Die gerichtliche Nachprüfbarkeit belastender (versagender) Gnadenentscheidungen .....
1. Die Zulässigkeit der Klage 115
2. Die Zuständigkeit der Strafgerichte 123
3. Zur Begründetheit der gerichtlichen Anfechtung 128

Seite

II Möglichkeiten einer Kontrolle begünstigender Gnadenakte

1. Bedürfnis einer Kontrolle ? 129
2. Die parlamentarische Verantwortlichkeit 131

LITERATURVERZEICHNIS

Abegg, J.F.H. — Lehrbuch der deutschen Strafrechtswissenschaft, Neustadt a.d.Orla 1836 (zit.: Abegg)

Achter Ausschuß der Deutschen Nationalversammlung. Berichte und Protokolle über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs, Berlin 1920

Adamovich, L. — Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 5.Aufl. (bearbeitet v.H.Spanner), Wien 1957

Adolph, E. — Das landesherrliche Begnadigungsrecht in Deutschland, Jenaer Diss., Bonn 1907 (zit.: Adolph)

Althusius, J. — Dicaelogicae, libri tres, totum et universum jus, quo utimur, methodice complectentes, Frankfurt 1618

Althusius, J. — Grundbegriffe der Politik (aus "Politica methodice digesta", 1603), Deutsches Rechtsdenken, Heft 8, Frankfurt a. M. 1943

Amberger, F.H. — Subjektiv-öffentliches Recht und freies Ermessen, Heidelberger Diss. 1952

Amira, K. von — Die Germanischen Todesstrafen, Abhandlungen der Bayer.Akademie der Wissenschaften, Philosophische, Philologische und Historische Klasse, 31.Bd., München 1922

Anschütz, G. — Die Verfassung des Deutschen Reichs v. 11.8.1919 (Kommentar), 14.Aufl., Berlin 1933

Anschütz, G. — Art. "Gesetz" im Wörterbuch des Deutschen Staats und Verwaltungsrechts, herausgeg. v.M.Fleischmann, Tübingen 1913

Anschütz, G. und Thoma, R. Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1.Bd., Tübingen 1930, 2.Bd., Tübingen 1932 (zit.: HbdDStR)

Apelt, W. — Geschichte der Weimarer Verfassung, München 1946

Apelt, W. — Erstreckt sich das richterliche Prüfungsrecht auf Verfassungsnormen? NJW 1953, S. 1 ff

Aristoteles	Die Nikomachische Ethik, eingeleitet und übersetzt von Olof Gigon, Zürich 1951
Arndt, Ad.	Das Amnestiegesetz, SJZ 1950, Sp. 108 ff
Arndt, Ad.	Das Nicht Erfüllte Grundgesetz, Recht und Staat, Bd. 224, Tübingen 1960
Bachof, O.	Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle, SJZ 1948, Sp. 742 ff
Bachof, O.	Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes, SJZ 1950, Sp. 161 ff
Bachof, O.	Die verwaltungsrechtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951 (zit.: Klage)
Bachof, O.	Verfassungswidrige Verfassungsnormen? Recht und Staat, Bd. 163/164, Tübingen 1951
Bachof, O.	Über die Geltung des Art. 104 des Grundgesetzes und von der Aufgabe des Richters zur Ausfüllung von Gesetzeslücken, JZ 1951, S. 737 ff
Bachof, O.	Anm. zum Urteil des LVG Minden v. 19.6.1951, DÖV 1952, S. 119 f
Bachof, O.	VVDStRL, Bd. 9, S. 118 f (Aussprache)
Bachof, O.	Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, Laforet-Festschrift, München 1952, S. 285 ff
Bachof, O.	Rechtsweg, Parteifähigkeit, Prozeßführungsrecht und Sachlegitimation im Verfassungsstreit, AöR, Bd. 79 (1953/54), S. 107 ff
Bachof, O.	Anm. zum Urteil des LVG Rheinland-Pfalz v. 22.4. 1952, NJW 1953, S. 317 f
Bachof, O.	Anm. zum Urteil des württ.-badischen VGH v. 4.3. 1952, JZ 1953, S. 58
Bachof, O.	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL, Bd. 12 (1954), S. 37 ff
Bachof, O.	Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, JZ 1955, S. 97 ff

Bachof, O.	Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, W. Jellinek-Gedächtnisschrift, München 1955, S. 287 ff (zit.: Reflexwirkungen)
Bachof, O.	Anm. zum Urteil des BVerwG v. 3.11.1955, MDR 1956, S. 314 ff
Bachof, O.	VVDStRL, Bd. 14 (1956), S. 174 ff (Aussprache)
Bachof, O.	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1957, S. 334 ff, 374 ff, 431 ff
Bachof, O.	Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz, Recht und Staat, Heft 202/203, Tübingen 1957
Bachof, O.	Grundgesetz und Richtermacht, Tübinger Universitätsreden 6, Tübingen 1959
Bader, K.S.	Ursache und Schuld in der geschichtlichen Wirklichkeit. Kritik geschichtswidrigen Denkens Karlsruhe 1946
Bader, K.S.	Aufgaben und Methoden des Rechtshistorikers, Recht und Staat, Bd. 162, Tübingen 1951
Bar, L. von	Gesetz und Schuld. 3.Bd., Berlin 1909 (zit.: v.Bar)
Baring, M.	Die Ablehnung der Aussagegenehmigung, ZBR 1956, S. 37 ff, 71 ff
Baumbach	Der Bankerott der Strafjustiz, DJZ 1928, Sp. 38 ff
Baumbach, A.	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsrecht und anderen Nebengesetzen, neubearbeitet v. W. Lauterbach, 24.Aufl., München und Berlin 1956
Bayl, G.	Beytrage zum Criminalrecht, Bamberg und Würzburg 1813 (1.Teil)
Beccaria, C.	Über Verbrechen und Strafen (übersetzt von K. Esselborn), Leipzig 1905
Becher, W.	Der Erziehungsgedanke in der Gnadenordnung von Nordrhein-Westfalen, NJW 1952, S. 923 ff
Bechert, R.	Gnade und Recht, Deutsche Justiz 1944, S. 74 f
Becker, E.	Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14 (1956), S. 96 ff

Beitzke, G.	Anm. zum Urteil des BFH v. 9.5.56, JZ 1956,S.496 ff
Bender, B.	Allgemeines Verwaltungsrecht, Freiburg 1956
Bendix, L.	Einzelbegnadigung und Rechtskraft, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 1926, S. 111 ff
Berkenkamp, H.	Betrachtungen über das Gnadenwesen im Dritten Reich Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1937 (4. Jahrgang), S. 11 ff
Berkenkamp, H.	Geleitwort in der 3. Aufl. v. Menschell (siehe Menschell)
Bernatzik, E.	Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886
Berner, A.F.	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. Leipzig 1898 (zit.: Berner)
Bettermann, K.A.	Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt, MDR 1949, S. 394 ff
Bettermann, K.A.	Anm. zum Urteil des OLG Köln v. 19.11.51, DVBl. 1952, S. 312 ff
Bettermann, K.A.	Verwaltungsakt und Richterspruch, W. Jellineck-Gedächtnisschrift, S. 361 ff, München 1955
Bettermann, K.A.	Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Grundrechte, 3. Bd., 2. Hb., S. 779 ff
Bettermann, K.A.	Kompetenzfragen um den Kündigungsschutz im Kleingartenrecht, NJW 1957, S. 1497 ff
Beyerle, K.	Von der Gnade im Deutschen Recht, Göttingen 1910
Binder, J.	Philosophie des Rechts, Berlin 1925
Binder, J.	System der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1937
Binding, K.	Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885 (Bd. I)
Binding, K.	Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Leipzig 1907
Bischoff, H.	Das Begnadigungsrecht des Reiches, Diss., Jena 1931

Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz. Herausgeg. v. H. J. Abraham, Holtkotten u. a. Redaktionelle Bearbeitung B. Dennewitz, 1950
Bötticher, E.	Inwieweit sichern die Art. 102 ff der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg? ZZP, Bd. 51 (1926), S. 201 ff
Brandstetter, E.	Straffreiheitsgesetz (Kommentar). Berlin und Frankfurt a. M. 1954
Breithaupt, W.	Über die Notwendigkeit der bedingten Strafaussetzung durch den Richter, SJZ 1948, S. 372 ff
Bühler, O.	Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin-Leipzig 1914
Bühler, O.	Anm. zum Urteil des VG Stuttgart v. 24. 6. 1949, DRZ 1950, S. 573
Bühler, O.	Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, W. Jellinek-Gedächtnisschrift, München 1955, S. 269 ff
Carpzow, B.	Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium, Wittenberg 1635
Cicero, M. T.	Scriptae quae manserunt omnia. Recognovit C. F. W. Mueller. Lipsiae 1891 ff. Epistularum ad Atticum, MDCCCXCVIII; epistularum ad familiares 1896
Coing, H.	Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950
Cüppers, J.	Die Neuregelung des Gnadenwesens, eine vordringliche Aufgabe der Bundesregierung, NJW 49, S. 921 ff
Dahm, G.	Deutsches Recht, Stuttgart und Köln 1951
Dalcke, A.	Strafrecht und Strafverfahren, 36. Aufl., Berlin 1955
Daumann, H.	Sind Verwaltungsanweisungen für den Richter schlechthin unverbindlich? NJW 1958, S. 2004 f
Dernburg, H.	Pandekten, 1. Bd., 5. Aufl., Berlin 1896
Deutscher Bundestag	Verhandlungen des Deutschen Bundestags, Stenographische Berichte, Bonn

Diller, G.	Aus der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, JZ 1959, S. 525 ff
Dohna, A. Graf zu	Die reichsrechtliche Regelung der bedingten Strafaussetzung, Monatsschrift für Kriminalpsychologie, 1926, Beiheft 1, S. 82 ff
Dreher, E.	Über die gerechte Strafe. Schriften der SJZ, Heft 5, Heidelberg 1947
Dürig, G.	siehe unter Maunz
Ebermayer	Zur Amnestie, DJZ 1927, Sp. 481 ff
Echterhölter, R.	Die verfassungsmäßige Ordnung der fünften französischen Republik, AöR, Bd. 84 (1959), S. 330 ff
Egner, H.-E.	Strafaussetzung zur Bewährung und Gnadenrecht, NJW 1953, S. 1859 f
Eichmann-Mörsdorf	Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici. Begründet v. E. Eichmann und fortgeführt v. K. Mörsdorf. III. Bd., Prozeß- und Strafrecht, Paderborn 1950
Engisch, K.	Der rechtsfreie Raum, ZStW, Bd. 108, Tübingen 1952 (zit.: Engisch), S. 391 ff
Esser, J.	Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates, Wien 1949
Eyermann, E. und Fröhler, L.	Verwaltungsgerichtsgesetz (Kommentar), 2. Aufl., München und Berlin 1954
Eyermann, E. und Fröhler, L.	Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), München und Berlin 1960
Fechner, E.	Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts, Tübingen 1956
Felix, G.	Anm. zum Beschluß des BFH vom 23. 3. 2955 und Urteil vom 6. 7. 1955, BB 1955, S. 1047 (Nr. 1851)
Felix, G.	Gehalt und Nachprüfbarkeit steuerlicher Gnadenakte (§ 477 Abs. 1 AO), StuW 1960, Sp. 102 ff
Fischbach, O. G.	Bundesbeamtengesetz (Kommentar), 2. Aufl., Köln-Berlin 1956

Fischer, S.	Die Pflicht der Schulbehörde zur Erteilung einer Rechtsmittelbelehrung, DVBl. 1960, S. 391 f
Fleiner, F.	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Neudruck Zürich 1939
Fließbach, W.	Erläuterung zum Urteil des BFH v. 6. 7. 1955, StuW 1955, Sp. 785 ff
Fließbach, W.	Zur Frage der gerichtlichen Anfechtbarkeit von einen Straferlaß ablehnenden Verwaltungsakten im Verwaltungssteuerstrafverfahren, StuW 1959, Sp. 616 ff
Flume, W.	Steuerwesen und Rechtsordnung, Smend-Festschrift, Göttingen 1952, S. 59 ff
Flume, W.	Die Billigkeitsmaßnahmen des § 131 AO nach neuem Recht, Steuerberater-Jahrbuch 1953/54, S. 81 ff
Förster, H.	Zur Neuordnung des Gnadenwesens, JR 1950, S. 609 ff
Forsthoff, E.	Grenzen des Rechts, Königsberg 1941
Forsthoff, E.	Über Maßnahmegesetze, W. Jellinek-Gedächtnisschrift, München 1955, S. 221 ff
Forsthoff, E.	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allg. Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1958 (zit.: Lehrbuch)
Fricke, G.	Kleists "Prinz Friedrich von Homburg". Versuch einer Interpretation. Germanisch-romanische Monatsschrift 1951/52 (Heidelberg, begründet von H. Schneider), Neue Folge Bd. II, S. 189 ff
Friedrich, C. J.	Der Verfassungsstaat der Neuzeit, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1953
Friesenhahn, E.	Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen, Thoma-Festschrift, Tübingen 1950, S. 21 ff
Friesenhahn, E.	Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZSR, Bd. 73 (1954), S. 129 ff
Funcke, H.	Das Gnadenrecht in Deutschland, Tübinger Diss., Schramberg 1933

Geeb, H.K. und Kirchner, H. Deutsche Orden und Ehrenzeichen (Kommentar), Bonn-Köln-Berlin 1958

Geerds, F. Gnade, Recht und Kriminalpolitik, Recht und Staat, Heft 228/229, Tübingen 1960

Geiger, W. Grundrechte und Rechtsprechung, München 1959

Gerland Art. "Begnadigung" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, 1.Bd., Berlin und Leipzig 1926, S.571 ff (zit.: Gerland)

Giacometti, Z. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1.Bd. Zürich 1960 (zit.: Verwaltungsrecht)

Göschel, K.F. Zerstreute Blätter aus den Hand- und Hülfsakten eines Juristen, 1.Teil, Erfurt 1832

Graeber, F. Das Wesen des "richterlichen" Geschäfts, DRiZ 1955 S. 7 ff

Grau-Schäfer Das deutsche Gnadenrecht, Teil 1, Berlin 1939

Grewe, W. Gnade und Recht, Hamburger Diss. 1936 (zit.: Grewe)

Grewe, W. Die Bundesrepublik als Rechtsstaat, DRZ 1949, S. 329 ff

Grewe, W. Zum Begriff der politischen Partei, Festgabe für E.Kaufmann, Stuttgart und Köln 1950, S. 65 ff

Grimm, J. und Grimm. W. Deutsches Wörterbuch, 4.Bd., 1.Abt., 5.Teil, bearbeitet von Kochs, Bahr u.a., Leipzig 1958

Groeben, von der und Thierfelder, H. Mitwirkung von Ausschüssen in der staatlichen Verwaltung, Verw.Arch., Bd.49 (1958), S. 231 ff

Gröpl, E. Zum Begriff der Rechtsprechung im Sinne des Artikels 92 des Bonner Grundgesetzes, Diss. München 1958

Grotius, H. De iure belli ac pacis. Curavit B.J.A. De Kanter-Van Hettinga Tromp. Lugduni Batavorum 1939

Grünhut, M. und Simson, G. Bedingte Verurteilung. Verhandlungen der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung in der Gesellschaft für Rechtsvergleichung auf der Kölner Ta-

	gung für Rechtsvergleichung am 22. Sept. 1951, ZStrW 1952, S. 127 ff
Guggumos, M.	Die Befreiung vom Eheverbot wegen Ehebruchs, NJW 1953, S. 1539 f
Haas, D. und Redding, G.	Steuerstrafen und Finanzverwaltung, JZ 1953, S. 545 f
Hamann, A.	Das Grundgesetz (Kommentar), Berlin-Neuwied-Darmstadt 1956
Hamann, A.	Die gerichtliche Nachprüfung von Anordnungen, Verfügungen und sonstigen Maßnahmen der Justiz- und Vollzugsbehörden, DVBl. 1959, S. 7 f
Hartung, F.	Das Gnadenrecht in der Kriegs- und Nachkriegszeit, JW 1931, S. 2764 ff
Hartung, F.	Die Rechtsnatur des Gnadenrechts, JW 32, S. 1709 ff
Hartz, W.	Die kollidierenden Interessen des Steuerfiskus und der Steuerpflichtigen im Licht der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, Steuerberater-Jahrbuch, Köln 1955/56, S. 83 ff
Hatschek, J.	Deutsches und preußisches Staatsrecht, Bd. 2, 2. Aufl., bearbeitet v. P. Kurtzig, Berlin 1922/23
Haueisen	Das subjektive Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens, NJW 1954, S. 418 ff
Haueisen	Das formelle subjektive Recht im Verwaltungsprozeß, insbesondere das Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens, DVBl. 1952, S. 521 ff
Hegel, G. W.	Grundlinien der Philosophie des Rechts (herausgegeben v. G. Lasson), Leipzig 1911 (zit.: Rechtsphilosophie).
Heiman, W.	Die Begnadigung, Heidelberger Diss., Berlin 1931
Helfritz, H.	Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl., Detmold 1949
Heller, H.	Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStRL 4, S. 98 ff
Heller, H.	Staatslehre, Leiden 1934
Henkel, H.	Strafverfahrensrecht, Stuttgart und Köln 1953

Hesse, K.	Die normative Kraft der Verfassung. Recht und Staat, Bd. 222, Tübingen 1959
Hesse, K.	Die verfassungsrechtliche Stellung der Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17, S. 11 ff
Hippel, R. von	Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932
Hoffmann	Anm. zum Urteil des BFH v. 6.7.1955, FR 1955, S. 494 f
Hoffmann	Artikel 19 Abs. 4 GG und der Erlaß von Geldstrafe wegen Steuerzuwiderhandlungen, FR 1953, S. 166 f
Hoffmann, E.H.	Bedingte Strafaussetzung unter Auflage (Fall Hau), Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, Bd. 70, Berlin 1926, S. 289 ff
Holtkotten	siehe unter Bonner Kommentar
Huber, E.R.	Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl., Hamburg 1937/39
Huber, E.R.	Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Auflage, Tübingen 1953
Hübschmann, W., Hepp, E., Spitaler, A. u.a.	Kommentar zur Reichsabgabeordnung und den Nebengesetzen, 1.-3. Aufl., Köln 1951/59 (zit.: AO)
Hupe, I.	Das Gnadenrecht. Eine rechtsphilosophisch-historische Betrachtung. Frankfurt 1954 (Diss.)
Husen, P. van	Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gerichtsfreie Hoheitsakte? (zit.: Gerichtsfreie Hoheitsakte) DVBl. 1953, S. 70 ff
Idler, W.	Anm. zum Urteil des VGH Freiburg v. 5.12.1955, NJW 1957, S. 36 f
Ipsen, H.P.	Politik und Justiz. Das Problem der justizlosen Hoheitsakte. Hamburg 1937
Ipsen, H.P.	Buchbesprechung von H. Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, JZ 1952, S. 766
Jacobi, E.	Die Verwaltungsverordnungen, HbdDStR, II, S. 255 ff § 78
Jacobs	Art. "Prädestination", Evangelisches Kirchenlexikon, Göttingen 1959

Jagusch, H.	siehe unter Lobe
Jahreiß, H.	Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung, Nawiasky-Festschrift, München 1956, S. 119 ff
Jahreiß, H.	Das "Wesen" des Rechtsprechens als Argument des Bundesverfassungsgerichts in einer sehr umstrittenen Entscheidung (zit.: Das Wesen des Rechtsprechens), H. Lehmann-Festschrift, Berlin-Tübingen-Frankfurt a.M. 1956, S. 62 ff
Janetzke	Neue Gnadenordnung im Lande Nordrhein-Westfalen, DRiZ 1952, S. 74 f
Jellinek, G.	Gesetz und Verordnung, Freiburg 1887
Jellinek, G.	Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914
Jellinek, W.	Gesetz, Gesetzesanwendung, Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913
Jellinek, W.	VVDStRL 8 (1950), S. 160 (Aussprache)
Jellinek, W.	Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Neudruck Offenburg 1948
Jellinek, W.	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DRZ 1948, S. 269 ff
Jesch, D.	Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Erlangen 1956 (zit.: Bindung), Diss.
Jhering, R. von	Der Zweck im Recht, 4. Aufl., Leipzig 1904/1905
Junker	Über Gnadenwesen, insbesondere über den Beauftragten für Gnadensachen und über die bedingte Strafaussetzung (zit.: Über Gnadenwesen), ZStrW, 63 (1951), S. 428 ff
Kägi, W.	Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips. Ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte und Verfassungslehre, Diss. Zürich 1937 (zit.: Kägi)
Kahl	Die jüngste Amnestie, DJZ 30 (1925, Sp. 1281 ff
Kaiser, J.	VVDStRL 17 (1959), S. 112 f (Aussprache)
Kant, J.	Metaphysik der Sitten, 2. Aufl. (herausgegeben von K. Vorländer), Leipzig 1907

Kaufmann, E.	Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), S. 2 ff
Kaufmann, E.	Zur Problematik des Volkswillens, Leipzig und Berlin 1931
Kaufmann, E.	Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9 (1952), S. 1 ff
Kelsen, H.	Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911
Kelsen, H.	Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925
Kelsen, H.	Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Auflage, Tübingen 1929
Kelsen, H.	Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Belrin 1931
Kelsen, H.	Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960
Kern, E.	Die Verdrängung des Rechts durch die Gnade, ZStrW. Bd. 4 (1922), S. 588 ff
Kern, E.	Der gesetzliche Richter, Berlin 1927
Kern, E.	Rechtspflege. Grundsätzliches und Übersicht, HbdDStR, II, S. 475 ff
Kern, E.	Die Zuständigkeitsverteilung auf dem Gebiet der Rechtspflege, HbdDStR, I, S. 353 ff (§ 31)
Kern, E.	Das Begnadigungsrecht des Bundes, IR 1949, S. 367 ff
Kern, E.	Zum Begriff des Richters und des Gerichts, DRiZ 1952, S. 125 ff
Kern, F.	Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter, 2. Aufl. herausgegeben v. Buchner, Münster-Köln 1954
Kipp, H.	Mensch, Recht und Staat, 1. Aufl. 1947, 2. Aufl. Köln 1949
Klatt, D.	Treffpunkt Berlin-Moabit, Berlin-Dahlem (ohne Erscheinungsjahr)
Klees, K.-F.	Das Wesen der Gnade und ihre Stellung im geltenden Recht, Köln 1952 (zit.: Klees), Diss.
Klein, F.	Steuerwesen und Rechtsordnung, Archiv für Finanzrecht, Neue Folge Bd. 14 (Tübingen 1953/54), S. 1 ff

Klinger, H. — Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3. Auflage, Göttingen 1954

Klinger, H. — Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), Göttingen 1960

Kohl, R. — Die Grundlagen von Liebe und Gnade in der Strafrechtspflege, Diss., Tübingen 1951 (zit.: Kohl)

Koehler, A. — Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (Kommentar), Berlin und Frankfurt a. M. 1960

Köhler, K.-H. von — Grenzen der gerichtlichen Kontrolle im Kartellrecht, DÖV 1960, S. 210 ff

Krauss, G. — Naturrecht und Verteidigungsbeitrag, DÖV 1953, S. 597 ff

Krüger, Herb. — Der Regierungsakt vor den Gerichten, DÖV 1950, S. 536 ff

Krüger, Herb. — Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, Smend-Festschrift 1952, S. 211 ff (Göttingen)

Krüger, Hild. — Gibt es eine Inkompatibilität für die Mitglieder der Gesetzgebungsorgane nach dem Grundgesetz? ZStW, Bd. 106 (1950), S. 700 ff

Krüger, Hild. — Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsgrundlage öffentlich-rechtlicher Gruppenrechte, DVBl. 1955, S. 178 ff, 208 ff

Kühn, R. — Reichsabgabenordnung (Kommentar), 4. Auflage, Stuttgart 1956

Kuhnt, G. — Gnadenerweis und Gesamtstrafenbildung, MDR 1955, S. 194 ff (zit.: Kuhnt)

Küster, O. — Das Gewaltenproblem im modernen Staat, AöR, Bd. 75 (1949), S. 397 ff

Laband, P. — Das Gnadenrecht in Finanzsachen nach preußischem Recht, AöR, Bd. VII (1892), S. 169 ff

Laband, P. — Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Auflage, 1.-4- Bd., Tübingen 1911 - 1914

Lammers, H.H., und Simons, W. — Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf

	Grund Artikel 13 Absatz 1 und der Reichsverfassung, Bd. 2, Berlin 1930
Läpple, A.	Kirchengeschichte in Dokumenten, Düsseldorf 1958
Larenz, K.	Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Auflage, Berlin 1935
Larenz, K.	Über die Objektivität der Rechtsprechung, NJW 1950, S. 168 ff
Laun, R. von	Zum Problem des freien Ermessens, Zitelmann-Festschrift, München und Leipzig 1913, S. 1 ff
Laun, R. von	Recht und Sittlichkeit, 3. Aufl., Berlin 1935
Leineweber, K.	Das Gnadenwesen unter besonderer Berücksichtigung der Neuordnung in der westdeutschen Bundesrepublik und des ausländischen Rechts, Diss., Erlangen 1951 (zit.: Das Gnadenwesen)
Leise, H.	Steuergerichtliche Nachprüfung von Gnadensachen, NJW 1953, S. 1088 ff
Leise, H.	Sind Entscheidungen der Finanzbehörden in Gnadensachen finanzgerichtlich anfechtbar? NJW 1955, S. 1668 ff
Lenz, H.	Der Umfang der gerichtlichen Prüfungsbefugnis gegenüber Rechtshandlungen des Regierungsbereichs in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Diss. Marburg 1957 (zit.: Lenz)
Lerche, P.	Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1954, S. 626 ff
Lissner, P.H.	Historische Entwicklung der Begnadigung und ihrer Grenzen, Diss., Erlangen, Berlin 1935 (zit.: Lissner)
Liszt v. und Schmidt.	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., Berlin 1932
Lobe, A.	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, begründet v. L. Ebermayer, A. Lobe, W. Rosenberg, fortgeführt von J. Nagler. 1. Bd. herausgegeben v. H. Jagusch, E. Mezger, A. Schaefer, W. Werner, 8. Aufl. Berlin 1957
Loeb, D.	Das Begnadigungsrecht, Worms 1881

Loening, E. — Das Begnadigungsrecht und die Ministerverantwortlichkeit, DJZ 1896, S. 429 ff

Loening, E. — Die Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile, Verw. Arch. Bd. 7 (1899), S. 1 ff

Loening, H. — Regierungsakte und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1951, S. 233 ff

Loening, R. — Geschichte des Strafrechts und Strafprozesses (Literaturbericht), 5. Bd. der ZStrW, 1885, S. 187 ff

Loppuch, S. — Die ungerechte Verwaltungsentscheidung als fehlerhafter Verwaltungsakt, DÖV 1952, S. 111 ff

Loppuch, S. — Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung vom Rechtsprechungsakt, NJW 1953, S. 1123 ff

Löwe-Rosenberg — Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz (Kommentar), Berlin, 1. Bd. 1958, 2. Bd. 1956

Maaßen — Arten des steuerlichen Ermessens und Rechtsschutz gegen Ermessensentscheidunge, Steuerberater-Jahrbuch 1953/54, S. 127 ff

Machleid, W. — Über Wesen, Aufgabe, Begrenzung und Gefährdung des Rechts, Die Verwaltungspraxis, Stuttgart 1959 S. 25 ff, 49 ff

Mangoldt, H. von und Klein, F. — Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. 1, Berlin und Frankfurt 1957, 1. Aufl., 1950

Mannheim — Artikel 114 und 115 (der WRV), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, herausgegeben von H. C. Nipperdey, 1. Bd., Berlin 1929, S. 316 ff

Mattern, G. — Die jüngste Rechtsprechung zum allgemeinen Steuerrecht und zum Steuerstraf- und -strafverfahrensrecht, JZ 1953, S. 400 ff (zit.: Rechtsprechung)

Mattern, G. — Die Rechtsprechung zum Steuerstraf- und -strafverfahrensrecht, JZ 1954, S. 432 ff

Mattern, G. — Verwaltungssteuerstrafverfahren und Finanzgerichtsbarkeit, Steuerberater-Jahrbuch 1954/55, S. 387 ff

Maunz, T. und Dürig, G. — Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1958 ff (zit.: Maunz-Dürig)

Maunz, T.	Gericht oder Verwaltungsbehörde, Rechtsprechung oder Verwaltung? Erwiderung zum Aufsatz Bettermann, DÖV 1959, S. 844
Maunz, T.	Besprechung des Urteils des VGH Freiburg v. 5. 11. 1952, Verw. Rspr. Bd. 5, S. 859
Maurach, R.	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1958
Maurach, R.	Handbuch der Sowjetverfassung, München 1955
Mayer, Hellmuth	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln 1953
Mayer, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd. Leipzig 1895, 2. Bd., 3. Aufl., München und Leipzig 1924
Menger, C.-F.	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Eine verwaltungsrechtliche und prozeßvergleichende Studie, Tübingen 1954 (zit.: System)
Menger, C.-F.	Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Grundrechte, 3. Bd., 2. Hb., S. 716 ff
Menger, C.-F.	Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15 (1957), S. 3 ff
Menger, C.-F.	Anm. zum Urteil des BVerwG v. 27. 2. 57, DVBl. 1957, S. 681 ff
Menger, C.-F.	Aus der Praxis der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verw. Arch, Bd. 49 (1958), S. 272 ff
Menges, N.	Der Rechtsschutz gegen Regierungsakte, Marburg 1955, Diss., (zit.: Menges)
Menschell, W.	Das gesamte deutsche Gnadenrecht nebst verwandten Gebieten, Berlin-Leipzig-Wien, 3. Aufl. 1939, 5. Aufl. 1943
Merkel, Ad.	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889
Merkl	Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien und Berlin 1927
Meyer, G. und Anschütz, G.	Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Auflage, München 1919
Meyer, H.	Geschichte der abendländischen Weltanschauung, III. Bd., Vom Urchristentum bis Augustin, Würzburg 1947

Mezger, E.	Recht und Gnade, Gerechte Ordnung, Gedanken zu einer Rechts- und Staatslehre in evangelischer Sicht, Tübingen 1948
Mezger, E.	siehe unter Lobe
Michels, G.	Der Rechtsstaat und die rechtsprechende Gewalt, Marburg 1953 (Diss.)
Mittermaier, C.J.A.	Besprechung von Dompierre, Examen du droit de grâce, Lausanne 1823, und Candole, Diss. sur le droit de grâce, Genève 1829, Neues Arch. des Kriminalrechts, Bd. XIII, S. 151 f (1832)
Mohl, R. von	Staatsrecht, Völkerrecht, Politik, 2. Bd. Politik, 1. Bd., Tübingen 1862 (zit.: v. Mohl)
Mohrs, W.	Der gerichtsfreie Hoheitsakt im Rechtsstaat, Diss., Mainz 1953 (zit.: Mohrs)
Montesquieu	Vom Geist der Gesetze (übersetzt, eingeleitet und herausgegeben von E. Forsthoff), Tübingen 1951
Müller, E.-E.	Rückzahlung von rechtskräftig vereinnahmten Geldstrafen und Geldbußen im Gnadenwege? NJW 1956, S. 1429 f
Müller-Tochtermann,	Freiwillige Gerichtsbarkeit zwischen Rechtsprechung und Verwaltung, DRiZ 1956, S. 4 ff
Nawiasky, H.	Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln-Zürich-Köln 1948 (zit.: Allgemeine Rechtslehre)
Nawiasky, H.	Allgemeine Staatslehre, Einsiedeln-Zürich-Köln, 2. Teil, Staatsgesellschaftslehre, 2. Bd. 1955, 3. Teil, Staatsrechtslehre, 1956
Nebinger, R.	Verwaltungsrecht, Stuttgart 1946
Neuhaus, P.H.	Der Widerspruch gegen das Recht, AcP, Bd. 150, S. 514 ff
Nieders, K.H.	Der Rechtsbegriff der Gnade. Seine Abgrenzung zu Recht und Gerechtigkeit und seine Begründung im Bereiche der Religion und Sittlichkeit - eine rechtsphilosophische und dogmatische Untersuchung, Marburger Diss. 1951 (zit.: Nieders)

Nöldeke, W.	Zur Neuregelung des Gnadenrechts, ZJBlBrZ 1949, S. 43 ff
Nüse, K.H.	Zur Frage der Reform des Gnadenrechts, MDR 1951, S. 71 ff
Obermayer, K.	Der gerichtsfreie Hoheitsakt und die verwaltungsgerichtliche Generalklausel, Bayer. Verw. Bl. 1955, S. 129 ff, 173 ff (zit.: Obermayer)
Obermayer, K.	Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956, Stuttgart-München-Hannover
Ortloff, H.	Das Begnadigungsrecht im konstitution. Rechtsstaate, GA 45 (1897), S. 92 ff, 213 ff
Oersted, A.S.	Über die Grundregeln der Strafgesetzgebung, Bd. I, Kopenhagen 1818
Oswald	Selbstbindung des Ermessens im allgemeinen Verwaltingsrecht und im Steuerrecht, MDR 1960, S. 20 f
Pannenberg, W.	Art. "Gnade" im Evangelischen Kirchenlexikon, Göttingen 1956
Peters, H.	Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
Peters, H.	VVDStRL 17, S. 108 f (Aussprache)
Peters, H.	Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, Köln und Opladen 1954
Peters, K.	Strafprozeß, Karlsruhe 1952
Pich	Der Haftbefehl gegen Hau und Art. 118 RV, DRiZ 1926, S. 49 f
Plochmann, J.	Das Begnadigungsrecht, Diss., Erlangen 1845 (zit.: Plochmann)
Polzin, G.	Das in Berlin geltende Gnadenrecht (Auszug aus einem Vortrag vor der Vereinigung der Berliner Strafverteidiger), JR 1952, S. 45 ff
Poetsch-Heffter	Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl., Berlin 1928
Pralle, A.	Die Begnadigung als fehlerhafter Staatsakt, Diss. Göttingen, 1934 (Berlau-Neukirch), zit.: Pralle

Pufendorf, S.	De jure naturae et gentium, edited by James Brown Scott, The Classics of international law 17, Londen 1934
Radbruch, G.	Gestalten und Gedanken, Leipzig 1945
Radbruch, G.	Der Mensch im Recht, Göttingen 1957
Radbruch, G.	Rechtsphilosophie, 5. Aufl. (herausgegeben von Erik Wolf), Stuttgart 1956
Radbruch, G.	Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Göttingen 1959
Raiser, L.	Christen und Nichtchristen im Recht, Smend-Festschrift, Göttingen 1952, S. 244 ff
Reuscher, F.	Zum Verfahren bei Ermessenseinbürgerungen nach dem Staatsangehörigkeitsgesetz, DÖV 1958, S. 368 ff
Reuß, H.	Weltanschauung, Politik und Recht, DÖV 1956, S. 563 ff
Riss, F.	Recht und Gnade, DRiZ 1914, Sp. 804 ff
Rosenberg, L.	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., München und Berlin 1960
Rümelin, G.	Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, herausgegeben von Erik Wolff, Deutsches Rechtsdenken, Heft 10, Frankfurt a. M. 1943
Rumpf, H.	Regierungsakte im Rechtsstaat. Rechtsvergleichende Beiträge zu einer Untersuchung des Verhältnisses von Politik und Recht, Bonn 1955 (zit.: Regierungsakte)
Rumpf, H.	Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14 (1956), S. 136 ff
Rumpf, H.	Der ideologische Gehalt des Bonner Grundgesetzes, Karlsruhe 1958
Rupp, H.H.	Anm. zum Urteil des OVG Münster v. 18. 12. 1957, JZ 1958, S. 754 f
Schäfer, K.	Zur Neuregelung des Gnadenwesens, JW 1935, S. 900 ff
Schäfer, K.	Anm. zum Urteil des LG Düsseldorf v. 22. 11. 1935, JW 1936, S. 1612 ff
Scheuner, U.	Grundfragen des modernen Staates, RStW 1951, S. 126 ff

Scheuner, U.	Der Bereich der Regierung, Smend-Festgabe, Göttingen 1952, S. 253 ff
Schlegel, H.	Regierungsakte und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Diss., Kiel 1953 (zit.: Schlegel)
Schlochauer, H.	Fragen zur Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, AöR 1953/54 (79.Bd.), S. 185 ff
Schmid, Carlo	Grenzen rechtlicher Regelung innerhalb der modernen Gesellschaft, Universitas 1959, S. 1233 ff
Schmidt, Eb.	Begnadigung und Amnestie, HbdDtSR, II, S. 563 ff
Schmidt	Art. "Tridentinum" im Evangelischen Kirchenlexikon, Göttingen 1959
Schmidt-Leichner, E.	Die Bundesamnestie, NJW 1950, S. 41 ff
Schmidt-Leichner, E.	Anm. zum Beschl. d. OLG Stuttgart v. 6. 2. 1950, NJW 1950, S. 275 f
Schmidt-Leichner, E.	Anm. zum Beschl. d. OLG Oldenburg v. 24. 2. 1950, NJW 1950, S. 474 f
Schmitt, Carl	Verfassungslehre, München und Leipzig 1928
Schmitt, Carl	Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931
Schmitt, Carl	Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934
Schmitt, Carl	Der Begriff des Politischen, Hamburg 1933
Schneider, H.	Gerichtsfreie Hoheitsakte, Recht und Staat, Bd. 160/161, Tübingen 1951
Schneider, H.	Anm. zum Urteil des LVG Rheinland-Pfalz, DVBl. 1953, S. 82 f
Schoen, X.	Das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Spiegel von Rechtsprechung und Schrifttum, DÖV 1950, S. 106 ff
Schröder, H.	Bedingte Verurteilung, NJW 1952, S. 6 ff
Schröder, H.	Strafgesetzbuch (Kommentar) begründet von Adolf Schönke und fortgeführt von Horst Schröder, 9. Aufl., München und Berlin 1959

Schüle, A. — Der streitentscheidende Verwaltungsakt, Staats- und verwaltungsrechtliche Beiträge, herausgegeben von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Stuttgart 1957, S. 277 ff

Schultz, G. — Blick in die Zeit, MDR 1957, S. 78 f, 1959, S. 626 ff

Schulz, G. — Das neue Gnadenrecht, ZStrW, 58. Bd. (1939), S. 251 f

Schunk, E. und De Clerck, H. — Kommentar für das Landgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland/Pfalz vom 14.4.1950, Siegburg und St. Goar 1952

Schuster, M. — Das Begnadigungsrecht. Eine staatsrechtliche Betrachtung, Diss., München 1949 (zit.: Schuster)

Schwerin v. Krosigk, A. Graf. — Nochmals: Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1956, S. 690 ff

Sczostak, G. — Zur Problematik der gerichtsfreien Hoheitsakte, JR 1958, S. 445 ff (zit.: Gerichtsfreie Hoheitsakte)

Seneca, L. A. — De Clementia, Opera ad libros manuscriptos et impressos recensuit commentarios criticos subiecit disputationes et indicem addidit C. R. Fickert, Lipsiae MDCCCXLIII (volumen secundum)

Smend, R. — Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform, W. Kahl-Festgabe, Tübingen 1923, S. 3 ff (III. Teil)

Smend, R. — Verfassung und Verfassungsrecht, München und Leipzig 1928

Soergel-Siebert, — Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 9. Aufl., 1. Bd., Stuttgart 1959

Spanner, H. — Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, Wien 1951

Spreng, R., Birn, W., Feuchte, P. — Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg (Kommentar), Stuttgart und Köln 1954

Stahl, F. J. — Philosophie des Rechts, 3. Auflage, Heidelberg 1854 (5. Auflage, 1870)

Stähle, W. — Die Gnadengewalt: Zuständigkeit und Schranken, Diss., Tübingen 1955

Stammler, R.	Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig 1928 (3. Aufl.)
Stammler, R.	Die Lehre von dem Richtigen Recht, 2. Aufl., Halle 1926
Stein, L. von	Handbuch der Verwaltungslehre, 3. Aufl., Stuttgart 1887, 1. Teil, Der Begriff der Verwaltung und das System der positiven Staatswissenschaften (zit.: Handbuch)
Stein, L. von	Die Verwaltungslehre, Die vollziehende Gewalt. Allgemeiner Teil, Das verfassungsmäßige Verwaltungsrecht, Bes. Teil, 1. Gebiet, Die Regierung und das verfassungsmäßige Regierungsrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1869 (zit.: Verwaltungslehre)
Stieler,	Zuständigkeit der Steuergerichte in Steuerstraf-Gnaden-Sachen? StuW 1953, Sp. 563 ff
Stier, K. H.	Der Begriff des freien Ermessens und seine richterliche Nachprüfung. Ein Beitrag zum Problem des Verwaltungsermessens. Unter besonderer Berücksichtigung der jüngsten Verwaltungsrechtsprechung, Diss. Göttingen 1955
Thierfelder, H.	Die staatsrechtliche Bedeutung des Staatshaushaltsplans, Diss., Tübingen 1959
Thoma, R.	Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, Otto-Mayer Festgabe, Tübingen 1916, S. 165 ff
Thoma, R.	VVDStRL 5 (1929), S. 104 ff (Aussprache)
Thoma, R.	Das Reich als Demokratie, HbdDStR, I, S. 186 ff
Thoma, R.	Grundbegriffe und Grundsätze, HbdDStR, II, S. 108 ff
Thoma, R.	Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, HbdStR, II, S. 221 ff
Thoma, R.	Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, HbdDStR, II, S. 607 ff
Tietgen, W.	Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, NJW 1956, S. 1129 ff
Triepel, H.	Staatsrecht und Politik (Heft 1 der Beiträge zum aus-

	ländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht), Berlin 1926
Triepel, H.	Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 5 ff
Triepel, H.	Die Reichsaufsicht, Berlin 1917
Ule, C.H.	Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Handkommentar), Berlin-Köln 1952
Ule, C.H.	Anm. zum Urteil des BVerwG vom 19.12.1957, JZ 1958, S. 628 ff
Ule, C.H.	Verwaltungsgerichtsbarkeit (Kommentar), Köln - Berlin 1960
Vecchio, G. del	Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Basel 1951
Wahl, A.	Gnadenrecht der Bundesrepublik Deutschland, Textausgabe mit Erläuterungen, Stuttgart und Köln 1954 (zit.: Wahl)
Weber, Werner	Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart, 1. Aufl. 1951, 2. Aufl. 1958
Weber, Werner	Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, Carl Schmitt - Festschrift, Berlin 1959, S. 253 ff
Wengler, W.	Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht, Recht und Staat, Bd. 189/190, Tübingen 1956
Werhahn, H.	Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15 (1957), S. 35 ff
Werner	Anm. zum Urteil des Bayer. VerwGH v. 12.10.1951, DVBl. 1952, S. 339 ff
Wernicke, K.G.	siehe unter Bonner Kommentar
Wever, R.	Gnade und Recht, Diss., Heidelberg 1948 (zit.: Wever)
Wimmer, A.	Gerechtigkeit und Humanität im Strafrecht. Eine Grundlegung der Strafzumessung aus Wesen und Zweck der Strafe, JR 1947, S. 97 ff, 136 ff
Windscheid, B.	Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 9. Aufl., Frankfurt am Main (neu herausgeg. v. T. Kipp)

Wintirch, J. und Lechner, H. Die Verfassungsgerichtsbarkeit, Grundrechte, 3. Bd. 2. Hb., S. 643 ff

Wintrich, J. Aufgaben, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Nawiasky-Festschrift, München 1956, S. 191 ff

Wolff, H. J. Verwaltungsrecht I, München und Berlin, 2. Aufl. 1958, 3. Aufl. 1959

Zeidler, K. Bundesverfassungsgericht und Maßnahmegesetz, JZ 1960, S. 391 ff

Zweigert, K. Die Verfassungsbeschwerde, JZ 1952, S. 321 ff

ABKÜRZUNGEN

a. A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Orte
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AGBGB	Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
AO	(Reichs-)Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen
AS	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des betreffenden Gerichts
Bayer.Verw.Bl.	Bayerische Verwaltungsblätter, München
BB	Der Betriebsberater, Heidelberg
BFH	Bundesfinanzhof
BGBl.	Bundesgesetzblatt, Bonn
BGH	Bundesgerichtshof
BGHStr.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BStBl.	Bundessteuerblatt, Bonn
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht v. 12. 3. 1951, BGBl. I, S. 243 ff
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGG	Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. 9. 1952, BGBl. I, S. 625
cc	Codex Iuris Canonici, 1917
D	Digesten (Corpus iuris civilis, Digesta, Berolini MCMXXVIII, recognovit P. Krueger)
Diss.	juristische Dissertation
DJ	Die Justiz, Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg, Stuttgart
DJZ	Deutsche Juristenzeitung, Berlin
DÖV	Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik, Stuttgart und Köln
DRiZ	Deutsche Richterzeitung, Köln-Berlin
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift, Tübingen
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt, Köln-Berlin
E	Entscheidung; E an eine Gerichtsbezeichnung angehängt bedeutet amtliche Entscheidungssammlung des betreffenden Gerichts

EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
ESVGH	Entscheidungssammlung des hessischen und württ.-badischen VGH, Karlsruhe
FR	Finanz-Rundschau
GA	Gnadenakt
GBl.	Gesetzblatt für Baden-Württemberg, Stuttgart
GnO	Gnadenordnung
GG	Grundgesetz
Grundrechte	Die Grundrecht, Handbuch der Theorie und Praxis, Berlin
HbdDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Tübingen, 1.Bd. 1930, 2.Bd. 1932
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Tübingen
JR	Juristische Rundschau, Berlin
JW	Juristische Wochenschrift, Leipzig und Berlin
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
Kfz	Kraftfahrzeug
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Hamburg
MRVO 165	Militärregierungsverordnung Nr. 165 (Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone)
n	summaria
NJW	Neue juristische Wochenschrift, München und Berlin
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt, Berlin
RGStr.	Entscheidungen des RG in Strafsachen (amtliche Sammlung), Berlin und Leipzig
RGZ	Entscheidungen des RG in Zivilsachen (amtliche Sammlung), Berlin und Leipzig
RStW	Recht-Staat-Wirtschaft, Düsseldorf
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung, Tübingen
Spiegel	Der Spiegel (Wochenschrift), Hamburg
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
StPO	Strafprozeßordnung
StVZO	Straßenverkehrszulassungsordnung

Universitas	Universitas, Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur, Stuttgart
VA	Verwaltungsakt
Verw. Arch.	Verwaltungsarchiv, Köln-Berlin
VerwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Verw. Rspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, München und Berlin
VG	Verwaltungsgericht
VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (Amerikanische Zone)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht, Stuttgart und Köln
ZJBl	Zentraljustizblatt für die Britische Zone, Hamburg
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin
ZStW	Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften, Tübingen
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß, Köln-Berlin

EINLEITUNG

I. Problemstellung und Methode

Die These von der Wesensverschiedenheit von Gnade und Recht ist in der Verwaltungslehre zu einem vielgebrauchten Argument geworden. Während die Strafrechtswissenschaft die um den GA auftauchenden praktischen Fragen durchweg mit den geläufigen Mitteln juristischer Interpretationskunst zu beantworten unternommen hat, wurde im Verwaltungsrecht der Rückgriff auf Argumente, die in das Gebiet der Rechtsphilosophie weisen, nicht gescheut, um dem GA in seiner praktischen Handhabung gerecht zu werden [1]. Anlaß dazu bot die gerichtliche Nachprüfbarkeit der GA. Die Gegner einer derartigen Rechtskontrolle weisen immer wieder auf das "Wesen", die "Natur" von Recht und Gnade hin. Ob Gnade und Recht wesenhaft antithetithetische Kategorien darstellen, bedarf daher eingehender Untersuchung. Das Problem, worin die Rechtsfremdheit der Gnade begründet sein könnte, ist in den einschlägigen Ausführungen nicht näher dargelegt. Es erhebt sich auch die Frage, ob das Institut der Begnadigung insgesamt, oder nur in gewissen Beziehungen dem Recht nicht unterliegt. Welhalb aber soll die Entgegensetzung von Gnade und Recht überhaupt einer gerichtlichen Kontrolle entgegenstehen? Fehlt es am Merkmal des VA? Kann die Versagung eines GA nicht in subjektive Rechte eingreifen? Entzieht sich der materiale Gehalt des GA einer richterlichen Kontrolle?[2]

---

1) Jahreiss warnt vor dem grundsätzlich bestehenden Risiko des Beweises aus dem Wesen eines Gegenstandes (Das Wesen des Rechtsprechens, H. Lehmann-Festschrift, S. 63). Im Strafrecht wird z.B. die Kompetenz der Vollstreckungsgewalt von der Gnadengewalt durch historische Kriterien geschieden (Löwe-Rosenberg, Bem. I zu § 455 StPO). Soweit auf das Wesen der Gnade Bezug genommen wird - das geschieht vor allem bei der Diskussion um die möglichen Wirkungen des GA - bleiben die Untersuchungen im rechtsimmanenten Bereich, ohne die schwerwiegende These von der Wesensfremdheit von Gnade und Recht aufzugreifen (vgl. etwa v. Bar, S. 470 ff; v. Liszt-Schmidt, S. 440; Adolph, S. 55; Wenger, S. 54 ff; Geerds, S. 26 ff).

2) Diese Momente durchdringen sich gegenseitig und werden meist in Verbindung miteinander vorgebracht (württ.-badischer VGH, Urt. v. 13. 10. 1949, DÖV 1950, S. 377; Bachof, Klage, S. 26; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1. 7. 1958, JZ 1959, S. 58 f). Das Fehlen eines VA betonen OVG Münster, Besch. v. 21. 4. 1953, AS 7, 147 f = NJW 1953, S. 1240; Bayer. VGH, Urt. v. 18. 6. 1956, DVBl. 1956, S. 764 ff (765); Schoen, Das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Spiegel von Rechtsprechung und Schrifttum, DÖV 1950, S. 108; Klinger, VerwGO, § 42, E, I, 2e (S. 158); Ule, VerwGO, § 42, IV, 6b (S. 138); Koehler, § 42, A, II, 17 (S. 251); der französische Staatsrat (vgl. Rumpf,

Aus der Natur des GA muß sich eine Antwort ergeben. Dabei soll aber nicht im Wege der soviel gebrandmarkten Begriffsjurisprudenz ein bestimmter Gnadenbegriff herausdestilliert werden, um hernach aus dem so gefundenen Begriff die Lösungen der praktischen Fragen zu deduzieren. Vielmehr dient die Orientierung der Abhandlung an der begrifflichen Klärung des GA dazu, die oft recht verschiedenartigen Argumente systemgerecht zu erfassen. Dabei soll versucht werden, den GA schrittweise in unser Rechtssystem einzufügen. Trotz der im Verlaufe der Arbeit sich ergebenden fortschreitenden Verrechtlichung des GA, wird immer wieder die Frage nach den Grenzen des Rechts als eigentliches Zentralproblem durchbrechen.

Aus der Klärung der Rechtsnatur des GA ergibt sich aber nicht nur eine Stellungnahme zur Frage der Justiziabilität, sondern es wird z. B. auch die Ansicht zur Widerrufbarkeit der GA und zur Zustimmungsbedürftigkeit der GA berührt, ohne daß dies hier im einzelnen näher ausgeführt werden könnte. Wer die Gnade als metarechtliches Institut ansieht, wird weniger geneigt sein, die Aufhebbarkeit des GA anzuerkennen, als der, welcher den GA als rechtlich geregelten Staatsakt auffaßt [1].

Regierungsakte, S. 61). Auf die Unmöglichkeit einer Rechtsverletzung stellen ab BVerwG Urteil v. 31. I. 1958, AS Bd. 6, S. 169, W. Jellinek, Lehrbuch, Nachtrag 1950, S. 4; von Mangoldt-Klein, Art. 19, VII, 6b (S. 577); Schunk de Clerck, § 15, Erl. II, 3a, dd (S. 64); Mohrs, S. 63; H. Loening, Regierungsakte und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1951, S. 234; Leise, Steuergerichtliche Nachprüfung von Gnadensachen, NJW 1953, S. 1089.

Hiergegen wird die Argumentation wieder mehr auf die materiale Wesensverschiedenheit im allgemeinen gelegt von Scheuner, Der Bereich der Regierung, Smend-Festgabe, S. 287, Anm. 92; Werner, Anm. z. Urt. d. Bayer. VGH v. 12. 10. 1951, DVBl. 1952, S. 342; Tietgen, Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, NJW 1956, S. 1132; Schultz, Blick in die Zeit, MDR 1957, S. 77 f; G. Mattern, Rechtsprechung, JZ 1953, S. 404; Guggumos, Die Befreiung vom Eheverbot wegen Ehebruchs, NJW 1953, S. 1540; Sczostak, Gerichtsfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 448; Menges, S. 22.

1) Vgl. einerseits Kuhnt (Gnadenerweis und Gesamtstrafenbildung, MDR 1955, S. 195) "die grundsätzliche Unwiderruflichkeit und Uneinschränkbarkeit entsprechen auch dem Wesen der Gnade", andererseits Pralle (S. 40) "da der GA sich als VA darstellt, dieser aber grundsätzlich widerruflich ist, so liegt kein Grund vor, die Aufhebbarkeit des GA abzulehnen". In der Regel ist allerdings bei der Frage der Widerruflichkeit des GA nicht die hintergründige Argumentation von dem Verhältnis von Gnade und Recht aufgegriffen worden (vgl. v. Bar, S. 480 ff, LG Düsseldorf v. 22. 11. 1935, JW 1936, S. 1612 ff mit zust. Anm. K. Schäfer). Die Ausdrücke Widerruf und Aufhebung sind hier synonym ver-

Bei der Frage der Zustimmungsbedürftigkeit des GA seitens des Begnadigten führen die gegensätzlichen Standpunkte bei verschiedenartiger Begründung zum gleichen Ergebnis. Sieht man nämlich den GA als an der Gerechtigkeit orientiert an, so muß eine Mitwirkungsbedürftigkeit des Begnadigten deshalb verneint werden, weil der Vollzug der Gerechtigkeit im öffentlichen Interesse ist [1]. Aus der Einordnung des GA in das Gebiet der Metaphysik und der Transzendenz wird dasselbe gefolgert[2]. Eine kühne Erhebung der irdischen Gnadengewalt, wenn man bedenkt, daß selbst im Verhältnis des Menschen zu Gott die Lehre Augustins, wonach der Mensch außerstande ist, die Absicht des barmherzigen Gotteswillen zu vereiteln - d.h. die Gnade abzulehnen - theologisch heftig bekämpft wird [3]. Daran erhellt, daß auch eine Ansiedlung des GA im metajuristischen Bereich nicht die Zauberformel für eine eindeutige und überzeugende Lösung der mit der Begnadigung verknüpften Probleme ergeben kann.

Das Thema verbietet eine rein normlogische Methode. Das historisch und volkstümlich tief verwurzelte Gnadeninstitut könnte durch den Einbau in das rationale Kontrollgefüge des Rechtsstaats praktisch lahmgelegt werden [4] und so im Ergebnis diesen diskreditieren. Die Schlagworte "Perfektionismus" und "Verwirklichung des GG" vermögen auch die Situation, der sich der GA bei der Einfügung in den rechtsstaatlichen Rechtserzeugungsprozeß gegenüber sieht, zu kennzeichnen [5]. Hier wird notwendig, die sozialen, politischen, technischen und historischen Bedingun-

---

wendet. Zur allgemeinen verwaltungsrechtlichen Problematik der Widerrufslehre vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 231 ff.

1) Plochmann, S. 80 ff; Abegg, S. 251; Berner, S. 364; v. Bar, S. 477; Pralle, S. 71; Stähle, S. 25 ff.

2) "Infolge der metaphysischen Ableitung bedarf die Gnade auch keiner Annahmeerklärung des Begnadigten ... Die wirkliche Gnadenerweisung hat ihren Grund nicht in der Persönlichkeit oder in der rechtlichen Situation des Täters und ist infolgedessen von seinem Konsens unabhängig" (Nieders, S. 179 f; ähnlich Grewe, S. 115).

3) Hans Meyer, 2. Bd. S. 106. Was für eine Mitwirkungsbedürftigkeit spricht, kommt in dem Satz "beneficia nemini obstruduntur" (vgl. Oerstedt, Über die Grundregeln der Strafgesetzgebung, S. 465) zum Ausdruck. Oft verlangen auch die GnO die Zustimmung (Dalcke, Bem. zu § 36 GnO, S. 1544). Schon der Codex juris bavarici criminalium von 1751 verordnete in Teil II cap. 11 § 3: "Wie aber Niemandem gegen seinen Willen eine Gnad aufgedrungen wird, so steht in des Übelthäters freiem Willen, ob er solche annehmen wolle ...".

4) Diese Folgen wurden dem Verfasser in Gesprächen mit Praktikern öfters angedeutet.

5) Vor einer Übertreibung des Rechtsstaatsgedanken wird allenthalben gewarnt (Leise, Sind Entscheidungen der Finanzbehörden in Gnadensachen finanzgerichtlich

gen, die der Geltungsanspruch der Rechtsnorm in Rechnung stellen muß, zu berücksichtigen, um dem Vorwurf eines wirklichkeitsfremden Normativismus zu begegnen [1]. Auch philosophische, gelegentlich philologische und theologische Anführungen sind durch Gegenstand und Ziel der Arbeit bedingt.

II. GA und gnadenähnliche Erscheinungen

Die Diskussion um die Natur des GA und die Unmöglichkeit einer Rechtskontrolle schließt Prämissen ein, die an sich nicht vorausgesetzt werden können. So wird nämlich der Eindruck erweckt, als ob der Begriff des GA hinreichend bestimmt und bestimmbar wäre. Es kann aber nicht angehen, den GA als vom Recht verschieden zu definieren, um hernach wieder aus dem Begriff des GA seinen rechtsfremden Charakter zu deduzieren. Durch dieses zirkelschlüssige Vorgehen wird die Wesensverschiedenheit von Gnade und Recht nicht bewiesen. Eine Berufung auf alte Rechtssprichwörter, wie "Gnade ergeht vor Recht" und "Gnade steht beim Recht", vermag die fehlende Begründung nicht zu ersetzen. Im Grunde besteht bei denjenigen, welche die Gerichtsfreiheit des GA auf diese Weistümer stützen, auch keine einheitliche Vorstellung darüber, was diese überhaupt besagen. Meist wird, das kann aus den allgemeinen Bezugnahmen auf GREWE geschlossen werden, darunter eine Anspielung auf den außerrechtlichen Charakter der Gnade verstanden, teilweise aber auch der Unterschied von for-

---

anfechtbar? NJW 1955, S. 1668; Grewe, Die Bundesrepublik als Rechtsstaat, DRZ 1949, S. 392; Mohrs S. 24). Auch Bühler hält die Bedenken nicht für grundlos (Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, W. Jellinik-Gedächtnisschrift, S. 284). Eine umfassende, vielfach übernommene Kritik findet sich bei Werner Weber (Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem). Rumpf spricht von einer drohenden Überwucherung des Staatsgedankens durch den Rechts- und Rechtsschutzgedanken (Verwaltung und Verwaltungsrechsprechung, VVDStRL 14, S. 170).

Gegen diese Polemik v. Mangoldt-Klein, Art. 20, Anm. V, 5b, S. 599 (dort auch weitere Nachweise) und besonders Ad. Arndt, Das nichterfüllte Grundgesetz. Arndt wendet sich gegen die Tendenz, die Verwirklichung des GG als das Perfekte zu diskreditieren (Arndt, aaO., S. 16).

1) vgl. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, S. 8; ders., Die verfassungsrechtliche Stellung der Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17, S. 12; Heller, Staatslehre, S. 255. Beide bringen den Rechtssatz in korrelative Zuordnung zu den Normalitäten und Interdependenzen der politischen Gesamtverfassung. Wie weit der starke Geltungsanspruch der materiellen Grundgesetznormen (vgl. Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S. 18) von Faktizitäten abhängig ist und abhängig sein darf, ist noch wenig geklärt.

meller und materieller Gerechtigkeit [1]. Eine etymologische Fundierung des Gnadenbegriffs, wie sie GREWE vornimmt [2], ist juristisch nicht tragfähig. Man denke nur an die mannigfaltige Bedeutung des Wortes Gnade in der deutschen Sprache [3]. Außerdem können nicht solche weitreichenden Folgerungen, wie etwa der Ausschluß eines Rechtes auf Gnade, a priori allein auf Grund der Sprache oder

---

1) Leise, Steuerger. Nachprüfung von Gnadensachen, NJW 1953, S. 1088 ff. Schultz, aaO., MDR 1957, S. 77 f. Über den Sinn der Antithese Gnade - Recht besteht auch in der Literatur, die sich nicht speziell mit der gerichtlichen Nachprüfung von GA befaßt, keine einheitliche Auffassung. Teils wird der Unterschied von Rechts- und Sittlichkeitsinstitut angesprochen (Nieders, S. 180), teils der von formeller und materieller Gerechtigkeit (Schröder, Bedingte Verurteilung, NJW 1952, S. 6 ff; Schmidt-Leichner, Anm. z. Beschl. d. OLG Oldenburg v. 24. 2. 1950, NJW 1950, S. 474; Nöldeke, Zur Neuregelung des Gnadenwesens, ZJBl. Br. Z. 1949, S. 43). Im allgemeinen läßt bei den einschlägigen Literaturstellen erst der Zusammenhang erkennen, welchen Standpunkt der betreffende Autor einnimmt. Die schlagwortartige Gegenüberstellung von Gnade und Recht hat die eigentliche Problematik vielfach verdeckt und nicht vorhandene Übereinstimmung vorgetäuscht. Nicht selten soll die Beziehung Gnade - Recht auch das Spannungsverhältnis Evangelium - Recht bezeichnen (Wever, S. 117). Unklar Karl Peters, nach dem einerseits Gnade das Recht ersetzt, andrerseits aber niemals gegen das Recht stehen darf (Lehrbuch des Strafprozesses, S. 554). Deutet die erste Aussage auf eine Antithetik von Gnade und Recht, so verneint sie die zweite. Die Widersprüche resultieren zum Teil daraus, daß einmal Recht i. S. v. Rechtsidee, dann wieder gleich gesetzem Recht verwendet wird. Diese Doppelbedeutung von "Recht" hat oft Mißverständnisse verursacht. So unterstellt Laband (Das Gnadenrecht in Finanzsachen nach preuß. Recht, AöR 7 (1892), S. 174, 195) den GA im Grunde dem materiellen Rechtswert. Seine zur Stützung des rechtstranszendenten Gnadenbegriffs häufig zitierte Bestimmung des GA als ein "Veto gegen den Verlauf von Gesetz und Recht" (Staatsrecht III, S. 509) ist eine pleonastische Formulierung, welche die Freiheit des GA von den Bindungen des formellen Rechts betonen soll.

2) Grewe entwickelt aus dem "natürlichen Sprachgefühl" entscheidende Begriffsmerkmale des GA (Grewe, S. 11). Das ist eine Überbewertung der philologischen Methode auf juristischem Gebiet. Mit Recht meint Heiman "viele Unklarheiten sind in der Literatur offenbar darum aufgetreten, weil ... die Auffassung vorherrschte, es ließe sich das "Wesen" der Begnadigung aus ihrem intuitiv erkannten Sinngehalt umschreiben" (S. 7 f). Eine gewisse Voreingenommenheit bei der Definition des GA ist mitunter unverkennbar. Grund dürfte eine unbewußte Anlehnung an die religiöse Gnadenvorstellung sein.

3) Grimm, Deutsches Wörterbuch, 4. Bd., I. Abt., 5. Teil, S. 564

des Sprachgefühls erfolgen. Eine etwaige geschichtlich bedingte Natur des Gnadenrechts und die Möglichkeit eines Einflusses der politischen Gesamtverfassung ist auf diese Weise von vornherein in Abrede gestellt. Es hat nun wenig Sinn, die Arbeit auf einem materiellen Gnadenbegriff aufzubauen, der schon in sich mehrdeutig und zweifelhaft ist und sich bei der weiteren Bearbeitung als unhaltbar erweisen könnte [1]. Sollen daher die Gnadenakte von den gnadenähnlichen Erscheinungen gesondert werden, so bleibt nur eine formelle Definition. Diese ergibt der Zweck der Arbeit, nämlich die Klärung der Rechtsnatur einer bestimmten Kategorie von Staatsakten, die ihre normative Grundlage in Art. 60 II GG, den entsprechenden Vorschriften in den Länderverfassungen und in den verschiedenen Gnadenordnungen [2] haben. Denn gerade die rechtliche Behandlung dieser Gruppe ist besonders kontrovers. Ihre fehlende Durchnormierung und die bestrittene juristische Einordnung legen auch eine Sonderbehandlung nahe.

Bei solch formalem Ausgangspunkt ist es unvermeidlich, Akte mitzubehandeln, die gewöhnlich nicht als GA begriffen werden. Dies sind der Erlaß von Forderungen des Staates gegen den Bürger, die keine Strafen sind, aber in den Gnadenordnungen eine Regelung gefunden haben und positiven Ausfluß der Gnadengewalt darstellen[3] Die im Abgabenrecht entsprechenden Akte nach § 131 AO sind dagegen nicht von Interesse. Mögen sie auch mitunter als Handlungen der Gnadengewalt angesehen werden [4], so werden sie doch einhellig wie gewöhnliche VA behandelt [5]. Ihre Rechtsnatur kann als geklärt gelten. Hiergegen werden die

---

1) Bedenklich, wenn Nieders alle Akte aus dem Gnadenbegriff ausscheidet, die an bestimmte Voraussetzungen gebunden, sozial- oder kriminalpolitisch bedeutsam sind und von Gerichten oder der Staatsanwaltschaft statt von den eigentlichen Gnadenträgern erlassen werden (Nieders, S. 10). Geerds (S. 9 und 23) leitet historisch einen materiellen Gnadenbegriff her, den er aber selbst als terminologisch und sachlich unsicher ansieht.

2) Eine Zusammenstellung findet sich bei Wahl, S. 20 ff.

3) Vgl. § 3 II der Gnadenordnung v. 6. 2. 1935 (DJ, S. 203), welche teils noch in Abwandlungen gültig ist, inhaltlich aber allenthalben Nachahmung gefunden hat. Wenn daher das Gnadenrecht als "Inbegriff der Normen, welche die Korrektur der Auswirkungen zum Gegenstand haben, die aus der Anwendung der allgemeinen Strafgesetze entstehen", bezeichnet wird (so Klees, S. 3; ähnlich Funcke, S. 30, Wenger, S. 58, OVG Münster, Beschl. v. 21. 4. 53, NJW 1953, S. 1240), so ist das zu eng. Da allerdings die typischen Formen des GA erfaßt sind, ist die Definition trotzdem von Nutzen und einer Vertiefung wert.

4) Flume, Die Billigkeitsmaßnahmen des § 131 AO nach neuem Recht, Steuerberater-Jahrbuch 1953/54, S. 113. Laband bezeichnet die fiskalischen Erlasse pekuniärer Ansprüche insgesamt als GA (Gnadenrecht in Finanzsachen, S. 171).

5) Hübschmann-Hepp-Spitaler, AO § 131, Anm. V

Akte nach § 477 AO von der Kontroverse um die Rechtsnatur der Gnade umfaßt[1]. Ob zwischen den Akten nach § 131 AO und nach § 477 AO eine Wesensverwandtschaft besteht, die eine Gleichbehandlung erfordert, kann erst beantwortet werden, nachdem die Rechtsnatur des GA grundsätzlich definiert ist. Bisher steht beim Streit um die Nachprüfbarkeit der Akte gem. § 477 AO nur Behauptung gegen Behauptung [2]. Das Axiom der Wesensverschiedenheit von Gnade und Recht wird als apodiktischer Beweisgrund für die Injustiziabilität verwendet. Solange nicht das Wesen der Gnade erläutert und einsichtig gemacht ist, dürfte das weitgehende Aneinandervorbeireden nicht vermeidbar sein.

Die auf Grund der Gnadenordnung ausgesprochenen bedingten Entlassungen bedürfen ebenfalls als GA einer Untersuchung [3]. Das erfordert der formale, letztlich am Rechtsschutzgedanken orientierte Sinn der Abgrenzung. Wer schon als Ausgangspunkt die Gnade im außerrechtlichen Bereich ansiedelt, befindet sich demgegenüber in einer zwiespältigen Lage. Wird nämlich die bedingte Entlassung ebenfalls als metarechtlicher GA bezeichnet, so ist der Widerspruch zu Gnadenpraxis und strafrechtlicher Theorie offenbar [4]. Wird aber im Gegensatz zur unbedingten Be-

---

1) Arndt hält die Zuständigkeit der Finanzbehörden für Gnadenakte für verfassungswidrig, da sie Art. 60 II GG widerspreche (Das nichterfüllte GG, S. 13 f); a. A. ist Fließbach, der die Akte nach § 477 AO nicht mehr als GA betrachtet (Erläuterungen zum Urt. des BFH v. 6. 7. 1955, StuW, Sp. 785 ff). Teilweise wird dem § 477 AO auch nur deklaratorische Bedeutung zugemessen (vgl. Hübschmann-Hepp-Spitaler, AO, § 477, Bem. 2). Wegen der Möglichkeit der Delegation durch den Bundespräsidenten ist die Streitfrage praktisch von sehr geringer Bedeutung (vgl. Art. 3 Ziff. 2 der Anordung des Bundespräsidenten über die Ausübung des Gnadenrechts des Bundes v. 10. 12. 1952, BGBl. I 790).

2) Vgl. einerseits den BFH (Entsch. v. 21. 8. 52, BStBl. 1952 III S. 306 f = BFHEntsch. Bd 56, S. 797; Bescheid v. 23. 3. 55 und Urt. v. 6. 7. 55, BStBl. III S. 274 ff), Felix (Gerichtliche Nachprüfbarkeit v. GA auf die Einhaltung von Ermessensgrenzen, BB 1955, S. 1047), andererseits Leise, (Steuergerichtliche Nachprüfung von Gnadensachen, NJW 1953, S. 1089), Maaßen (Arten des steuerlichen Ermessens und Rechtsschutz gegen Ermessensentscheidungen, Steuerberater Jb 1953/54, S. 175), Sczostak (Gerichtsfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 449), Hübschmann-Hepp-Spitaler (AO § 477, Anm. V).

3) Funcke, S. 63; K. Schäfer, Anm. z. Urt. des LG Düsseldorf v. 22. 11. 1915, JW 1936, S. 1614

4) Bei der bedingten Entlassung muß die Gnade notwendig auf in der Person des Begnadigten liegenden Umstände beruhen, wie auch bei der bedingten Entlassung nach dem StGB. Dementsprechend unterscheidet die strafrechtliche Doktrin die beiden Institute nicht nach ihrem Wesen, sondern ihrer verschiedenartigen kriminalpolitischen Zwecksetzung (Schönke-Schröder, StGB § 26, Bem II; Stähle,

gnadigung ihr außerrechtlicher Charakter verneint, so führt das zu einer völlig verschiedenartigen rechtlichen Behandlung der einzelnen GA innerhalb der vom Gesetzgeber einheitlich aufgebauten Gnadenmaterie.
Einer Darstellung der Akte, die in dem StGB oder in der StPO normiert sind, bedarf es nicht. Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung (§§ 23 ff StGB) werden zwar immer noch teilweise als GA angesehen [1], sind aber strukturell als Akte der Rechtsprechung eingegliedert und haben nicht Teil an der Problematik des GA [2]. Die Strafaussetzung zur Bewährung ist aus der Gnadenpraxis herausgewachsen und in das StGB übernommen worden [3]. Hier zeigt sich schon äußerlich die Tendenz, die Befugnisse der Gnadengewalt zunehmend einer Normierung, Normalisierung und Rationalisierung zuzuführen. Infolge seiner strafprozessualen Einordnung ist der staatsanwaltschaftliche Einstellungsbeschluß aus dem Kreis der GA auszugrenzen. Dies begründet Laband damit, daß diese staatsanwaltschaftlichen Akte mit den Befugnissen und Pflichten der Ge-

---

S. 64). Aus dieser Einstellung heraus ist es auch verständlich, daß einige Länder die bedingte Begnadigung als überflüssig abgeschaffte haben, da ihr Zweck durch die richterliche bedingte Entlassung erfüllt würde (vgl. Schönke-Schröder aaO.). Typisch Löwe-Rosenberg (§ 454, Anm. 6): "Grundsätzlich wäre es aber eine unerträgliche Mißachtung der richterlichen Gewalt..., wenn die Gnadenbehörde, weil ihr richterliche Entscheidungen nicht gefallen..., sie im Wege der Gnade "korrigieren" wollte". Auch bei Egner (Strafaussetzung zur Bewährung und Gnadenrecht, NJW 1953, S. 1860) wird der außerrechtliche Charakter der GA bei der Abgrenzung zu den richterlichen Akten nicht berücksichtigt. Betont ist nur die Unterstellung des GA unter den materiellen Rechtswert.

1) Hartung, Das Gnadenrecht in der Kriegs- und Nachkriegszeit, JW 1931, S. 2767; Kuhnt, MDR 1955, S. 196. A. A. Hatschek, Deutsches u. preußisches Staatsrecht, Bd. II, S. 652; Gerland, S. 575; Kern, Die Verdrängung des Rechts durch die Gnade, ZStrW. 1922, S. 592; Egner aaO.; Pralle, S. 17; Stähle, S. 63; Jagusch (im Leipziger Kom. z. StGB, 8. Aufl., 1. Bd., S. 138 f), der, wie ersichtlich etwas voreilig, diese Auffassung als "einhellig" bezeichnet.

2) Ebensowenig verdienen die §§ 27b, 28, 28b, 158, 175 II, 199, 223 StGB und die §§ 455, 456, 456c, 458 II StPO, die mitunter im Zusammenhang mit den Gnadenerweisen genannt werden, hier besondere Berücksichtigung (vgl. Nieders, S. 7 ff; Geerds, S. 18).

3) Nieders, S. 5; Dalcke, Bem. zu § 23 StGB (S. 16 f); Stähle, S. 63 ff; Nöldeke, Zur Neuregelung des Gnadenrechts, ZJBl 1949, S. 45; Cüppers, Die Neuregelung des Gnadenwesens, eine vordringliche Aufgabe der Bundesregierung, NJW 1949, S. 921 ff. Zur ausländ. Rechtsentwicklung und den technischen Grundformen der Ausführung des Bewährungsgedankens, der "sursis" und der "probation", vgl. Grünhut und Simson, Bedingte Verurteilung, ZStrW 64

richte sich zu einem planmäßig geordneten Ganzen verbinden [1]. Die Formulierung ist allgemein genug, die ganze Gnadentätigkeit einzuschließen, welche letztlich doch auch in sinnvoll geordnetem Zusammenhang mit den Aufgaben des Richters stehen muß. Geerds (S. 17 f) stellt auf das Angriffsobjekt ab, der GA treffe einen Rechtsprechungsakt, der Einstellungsbeschluß beziehe sich auf die verwaltende Staatstätigkeit. Damit ist die Außenwirkung des Einstellungsbefehls verkannt und die allgemeine Unterscheidung von Begnadigung und Abolition - eine Zäsur innerhalb der Gruppe der GA - vorweggenommen.

Wie schon bemerkt, brauchen solche Akte ebenfalls keiner Untersuchung, deren Rechtsnatur als geklärt gelten kann. Die Befreiung vom Eheverbot wegen Ehebruchs, früher überwiegend als "Akt der Barmherzigkeit und des Wohlwollens" zu den GA gezählt [2], sowie die Entscheidungen gem. § 1 des Ges. über die Anerkennung freier Ehen rassisch und politisch Verfolgter v. 23. 6. 1950 (BGBl. S. 226), haben sich wenigstens im öffentlichen Recht als VA durchgesetzt [3]. Eine gnadenähnliche Wirkung übt das Gesetz über die beschränkte Auskunft aus dem Strafregister und die Tilgung von Strafvermerken v. 9. 4. 1920 (RGBl. S. 507) aus. Seine Akte sind aber als VA [4] anerkannt [5]. Schwierigkeiten hat die Ausgrenzung der

---

S. 27 ff und Schröder, Bedingte Verurteilung, NJW 1952, S. 6 ff.

1) Dt. Staatsrecht, III. Bd., S. 508

2) Guggumos (Die Befreiung vom Eheverbot wegen Ehebruchs, NJW 1953, S. 1539 f) im Anschluß an das bürgerlich-rechtliche Schrifttum. Nach Guggumos soll überhaupt jeder Akt der Barmherzigkeit ein GA sein. Wann ist aber ein Staatsakt durch Barmherzigkeit und reines Wohlwollen motiviert? Guggumos will das aus der geschichtlichen Entwicklung schließen. Dabei werden aber nicht die Postulate der neuen rechtsstaatlichen Verfassung berücksichtigt.

3) Bayer, VGH, Urt. v. 18. 6. 1956, DVBl. 1956, S. 764 ff (765); Sczostak, Justizfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 449. Vgl. auch OVG Münster, Beschl. v. 21. 4. 1953, NJW 1953, S. 1240.

4) Karl Peters, S. 557; Löwe-Rosenberg, Vorbem. 14 zu § 12 GVG; Dalcke, Bem. zu § 8 Straftilgungsgesetz (S. 1552) und Vorbem. zu D 4 (S. 1528). Stähle (S. 76) weist darauf hin, daß der Sinn des Straftilgungsgesetzes die Verjährung der Strafverbüßung sei, was aber die Gnade gerade nicht wäre. Solange nicht der Zweck der Gnade klar dargestellt ist, muß dies eine bloße Behauptung bleiben. Kern erachtet einen Gnadenerweis deshalb nicht für gegeben, weil die einschlägigen Akte im Straftilgungsgesetz eine gesetzliche Normierung gefunden haben (Die Verdrängung des Rechts durch die Gnade, ZStrW 1922, S. 592).
Vgl. auch Klees, S. 76; Nöldeke, Zur Neuregelung des Gnadenrechts, ZJBl 49, S. 45, Förster, aaO., S. 615

5) So ist es etwa auch bei § 57 IV GewO, der auch schon als Gnadenerweis deklariert wurde (vgl. Obermayer, Generalklausel, Bayer. Verw. Bl. 1955, S. 130).

Einbürgerungsbescheide bereitet. Das BVerwG hat dabei den quantitativen Umfang des Ermessens als Gnadenkriterium eingeführt [1]. ULE begründet die fehlende GA-Qualität des Einbürgerungsbescheides u. a. damit, daß das Ermessen der Einbürgerungsbehörde im Gegensatz zu dem der Gnadengewalt durch Grundrechtsvorschriften gebunden sei [2]. Das ist ein Schluß von den Rechtsfolgen auf die Qualität des Aktes, während sich gerade aus der Natur des Akts die zulässigen Rechtsfolgen ergeben müßten.

Nicht als VA sind dagegen im allgemeinen die Begnadigungen von Maßnahmen der Sicherung und Besserung anerkennt. Wer von einem materiellen Gnadenbegriff ausgeht, muß angesichts des Sinnes und Zweckes dieser Maßnahmen erhebliche Bedenken gegen ihre Rubrizierung als GA haben [3]. Daß der Gesetzgeber trotzdem diese Akte in das Gnadenverfahren aufgenommen hat, mag andeuten, wie sehr der vom Sprachgefühl inspirierte Gnadenbegriff Gefahr läuft, an der Wirklichkeit der Gnadenpraxis vorbeizugehen [4].

Zum ius gratiarum wird auch die Verleihung von Orden- und Ehrenzeichen gezählt. Sicherlich müßten für eine Klärung der Rechtsnatur dieser Maßnahmen auch weitgehend ähnliche Überlegungen maßgebend sein, wie bei den GA. Indes verkörpert der GA eine spezielle Tradition, die zu einer Gleichbehandlung nicht zwingt. Die für eine verantwortliche Stellungnahme zur Problematik der Orden und Ehrenzeichen erforderliche Vertiefung kann in diesem Rahmen nicht durch-

---

1) BVerwG, Urt. v. 27. 2. 57, BVerwG E 4, 298 ff = DVBl. 1957, S. 681 ff mit Anm. Menger. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Rechtsstreit berief sich die beklagte Behörde auf den GA-Charakter der Einbürgerung. Das BVerwG war demgegenüber der Auffassung, daß der Bescheid im Hinblick auf den weiten Umfang des der Behörde eingeräumten Ermessens in die Nähe eines GA rückt, ohne aber ein solcher zu sein (BVerwG, aaO., S. 300 f; ebenso Sczostak, Gerichtsfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 448). Vgl. zur Behandlung des Einbürgerungsbescheides als GA BVerwG, Urt. v. 30. 9. 58, BVerwG E 7, S. 237 ff.

2) Ule, VerwGO, Erl. IV, 6b zu § 42 (S. 138). Maunz-Dürig nennt die Parallele zu den GA offenkundig (Anm. 1 zu Bem. V, 2a, cc zu Art. 19 IV GG). Obermayer (aaO., S. 131 f) hält die Einbürgerungsbescheide anders als die GA dem Rechtswert unterstellt, womit er das fragwürdige Moment der Rechtsfremdheit der Gnade gewählt hat.

3) Ihren Gnadenrechtscharakter bestreiten Eb. Schmidt, Handbuch d. dt. Staatsrechts, 2. Bd. S. 570; v. Liszt-Schmidt, S. 440; Adolph, S. 50; Funcke, S. 29. A. A. Hatschek, Deutsches und preuß. Staatsrecht, S. 652, Anm. 2; Nieders, S. 56. Bedenkt man, daß die Strafe u. a. auch der Besserung dienen soll, andrerseits auch die Maßnahmen der Besserung vom Verurteilten vielfach als Strafe aufgefaßt werden, so erscheint die Regelung in der Gnadenordnung sinnvoll.

4) Es hat wenig Sinn einen idealtypischen Gnadenbegriff zu erörtern, den die

geführt werden [1].

III. Ausgrenzung von Amnestie und Abolition [2]

Die Amnestie oder Straffreiheitserklärung [3] ist ein genereller Gnadenerweis, der in Gesetzesform ergeht. Die alte Streitfrage, ob der Bund auch solche Straftaten amnestieren könnte, für die den Ländern das Recht der Einzelbegnadigung zusteht, ist verfassungsgerichtlich zugunsten des Bundes entschieden [4]. Diese allseits als opportun empfundene Lösung, konnte dogmatisch kaum eine einleuchtende Begründung finden [5]. Die bindende Wirkung des verfassungsgerichtlichen Ur-

---

Praxis nicht kennt. Dagegen verstößt Nieders (S. 108).

1) Hinweise finden sich bei van Husen, Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gerichtsfreie Regierungsakte? DVBl. 1953, S. 72, Obermayer, aaO., S. 130 f, Ule, VerwGO, § 42 Anm. IV 6b (S. 138 f), Koehler, VerwGO, § 42 Bem. AIII, 19. Von Bedeutung ist die von Obermayer betonte Zäsur zwischen gesetzlich geregelten und unnormierten Akten. Im Anschluß an Adolph lassen sich für die gesetzesfreien Präsidialakte folgende Gemeinsamkeiten feststellen: Traditionell ist Autor des Aktes das Staatsoberhaupt, es fehlt an einer prozessualen Durchnormierung, Rechtsgrund der Verleihung sind materiale Rechtswerte, herkömmlich ist der Akt Geschenk (vgl. Adolph, S. 64). Eine gründliche Übersicht gibt der Kommentar von Geeb und Kirchner, Deutsche Orden und Ehrenzeichen.

2) Im folgenden geht es um die engeren strafrechtlichen Gnadenerweise, die besonderer inhaltlicher Umschreibung zugänglich sind.

3) Die Straffreiheitserklärung ist eine Verdeutschung des Ausdrucks Amnestie und im Gegensatz zu dieser eine Außerkraftsetzung des Strafgesetzes (Brandstetter, S. 25; Adolph, S. 22, Pralle, S. 7; Lissner, S. 10; Löwe-Rosenberg, Vorbem. 10 zu § 12 GVG (S. 44); Nüse, Zur Frage der Reform des Gnadenrechts, MDR 1951, S. 72; a. A. Anschütz, Anm. 3 zu Art. 49; Grau-Schäfer, S. 5.

4) BVerfG v. 22. 4. 53, BVerfGE 2, 213 ff, BGBl. 1954 I S. 292 = NJW 53, S. 777 = JZ 53, S. 506; zustimmend Mattern, Die Rechtsprechung zum Steuerstraf- und -strafverfahrensrecht, JZ 1954, S. 435. Im Ergebnis wie das BVerfG schon OLG Stuttgart, Beschl. v. 6. 2. 50, NJW 1950, S. 275; OLG Oldenburg, Beschl. v. 24. 2. 50, NJW 1950, S. 474. In der Rechtslehre war die Frage dagegen bestritten (vgl. Brandstetter, S. 26, Anm. 2).

5) Schmidt-Leichner (NJW 1953, S. 475) bemerkt in seiner Anmerkung zu dem Urt. d. OLG Stuttgart (aaO.) mit Recht, daß die Entscheidung darauf hinauslaufe, den Ländern ein originäres Staatshoheitsrecht abzusprechen. Die Berufung auf Gewohnheitsrecht (so Schmidt-Leichner, aaO., S. 474, Stähle (S. 8), Leinweber,

teils [1] hat die Diskussion darüber abgeschnitten. Aber die Beweisführung des BVerfG trägt in ihren Konsequenzen zu einer Neuauffassung vom Wesen der Gnade überhaupt bei. Um die Zuständigkeit des Bundes zu begründen, hat das Gericht nämlich die Amnestie als ein Gesetz auf dem Gebiet des Strafverfahrens und Strafvollzugs (Art. 74 GG) deklariert. Da dies aber der auch vom BVerfG unterstellten außerrechtlichen Funktion des Gnadenerweises widersprach, mußte die Amnestie von den "echten" Gnadenerweisen distanziert werden. GA sollen also nur noch die in Vollzug des Art. 60 II GG ergehenden Einzelakte sein, während den Amnestien das metajuristische Element gänzlich abgesprochen wird. Eine solche materielle Wesensverschiedenheit von Gnade und Amnestie ist nicht haltbar [2]. Wohl sind Amnestien häufig stärker politisch gefärbt als Einzelgnadenerweise [3], ihre Motivation ist aber im Grundsatz dieselbe [4]. Deshalb kann es auch im einzelnen schwierig sein zu entscheiden, ob eine Einzel- oder eine Gesamtbegnadigung vorliegt [5]. Wenn das BVerfG daher eine Wandlung des Wesens der Amnestie wegen der staatsrechtlichen Entwicklung annimmt, legt sich

---

S. 47) überzeugt angesichts der fehlenden Übereinstimmung in der Theorie nicht, zudem ist sehr bestritten, ob Bundeskompetenzen auf dem Gebiet der Gesetzgebung durch Gewohnheitsrecht geschaffen werden können.

1) § 31 BVerfGG; vgl. auch Löwe-Rosenberg, Vorbem. 15b zu § 12 GVG.

2) Gerland, S. 573; Ebermayer, Zur Amnestie, DJZ 32, S. 481; Schmidt-Leichner, NJW 1953, S. 42; Funcke, S. 5; Nieders, S. 63; Stähle, S. 8; vorbildlich die Formulierung bei Kern, Das Begnadigungsrecht des Bundes, JR 1949, S. 369: "Amnestien sind... ihrem Wesen nach nichts anderes als die Einzelbegnadigung ..., die nur eben wegen ihrer Breitenwirkung und wegen der abstrakten Regelung ihrer Voraussetzungen und ihres Umfangs in demokratischen Verfassungen nicht der Regierung, sondern dem Organ der Gesetzgebung zugewiesen sind".

3) Nach Hartung tritt die Zahl der Einzelbegnadigungen in politischen Sachen gegenüber generellen GA zurück (Das Gnadenrecht in der Kriegs- und Nachkriegszeit, JW 1931, S. 2769). V. Mohl, S. 664, betont den politischen Charakter der Amnestie.

4) Junker, Über Gnadenwesen, ZStrW 63 (1951), S. 433 f; Geerds, S. 15 f.

5) Vgl. Kern, Die Verdrängung des Rechts durch die Gnade, ZStrW 1922, S. 591. Bekannt ist die Streitfrage, ob die Platow-Amnestie (§ 8 des Straffreiheitsges. v. 17. 7. 1954, BGBl. I S. 203) eine generelle oder eine individuell begrenzte Begnadigung ist. Ersteres hat das BVerfG für richtig erachtet (Beschl. v. 15. 12. 59, MDR 1960, S. 198 f = JZ 1960, S. 404 ff; a. A. Forsthoff, Über Maßnahmegesetze Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 227; vgl. dazu Zeidler, BVerfG und "Maßnahmegesetz", JZ 1960, S. 391 ff). Es fällt auf, daß die Platow-Amnestie nur mit der bedenklichen Konstruktion des Maßnahmegesetzes, nicht

eine solche auch für die übrigen GA nahe [1]. Das Volksbewußtsein, das die Auffassung des BVerfG von der innerrechtlichen Struktur der Amnestie tragen soll, könnte auch im Hinblick auf die Einzelbegnadigung neue Vorstellungen haben. Obwohl also die Amnestie rechtlich eingeordnet ist, wird doch gelegentlich auf sie Bezug genommen werden müssen. Die ihr zugrunde liegenden Motivationen sind meist bekannt und können für die Einzelgnadenakte als vorbildlich gelten.

Innerhalb der Einzelgnadenakte ist zwischen den Akten vor und nach rechtskräftiger Verurteilung zu unterscheiden [2]. Diese Zäsur wird strafrechtlich mitunter dadurch vertieft, daß man in den Akten nach rechtskräftigem Strafurteil einen Verzicht auf das subjektive Strafrecht des Staates, in der Abolition einen Verzicht auf das Strafklagerecht sieht [3]. Praktisch bedeutsam ist nur, daß die Einzelniederschlagung nicht mehr zulässig ist [4]. Der Eingriff in den Gang der Rechtspflege ist hier besonders schwer, da er mehr als bei den GA nach rechtskräftiger Verurteilung sich

---

aber unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Verletzung der Kompetenzen des Bundespräsidenten bekämpft wurde. Die griechische "Amnestie" für Kriegsverbrecher ist im Wesentlichen nur dem Berliner Rechtsanwalt Merten zugute gekommen (Schwäbisches Tagblatt, 19. 10. 59, Nr. 241, S. 1). Dies zeigt wie schwierig es praktisch sein kann Einzel- und Gesamtbegnadigung zu trennen.

1) Häufig werden neben allgemeinen Straffreiheitserklärungen gleichzeitig aus denselben Beweggründen Einzelgnadenerweise gewährt. Ein Beispiel aus der jüngsten Geschichte sind die Gnadenmaßnahmen der ungarischen Machthaber (vgl. Stuttgarter Zeitung, v. 23.12.59, Nr. 296, S. 4). Es ist nicht ersichtlich, warum gerade die Einzelgnadenakte im Hinblick auf die Rechtsunterworfenheit bevorzugt behandelt werden sollen.

2) V. Mohl, S. 669; Berner, S. 342 f; Gerland, S. 572; Laband, Das Staatsrecht d. dt. Reiches, III. Bd., S. 505; Adolph, S. 9 ff; Lissner, S. 9; Spreng-Birn-Feuchte, Verfassung v. Baden-Württemberg, Art. 52, Bem. 3.

3) Nieders, S. 43; Schuster, S. 17 (im Anschluß an Binding); a. A. Gerland, S. 571; v. Bar, S. 485, Anm. 282. Praktisch unwichtig ist die Unterscheidung zwischen Verzicht auf Strafvollstreckungsrecht und Verzicht auf Strafverfolgungsrecht (Eb. Schmidt, Handbuch d. dt. Staatsrecht II S. 567).

4) Schon in der Weimarer Republik war die Abolition nur in Gesetzesform zulässig (Löwe-Rosenberg, Vorbem. 15a zu § 12 GVG, S. 49). In den Länderverfassungen ist die Spezialabolition meist ausdrücklich untersagt (vgl. Art. 109 Hess. Verf., Art. 27 Verf. v. Niedersachsen, Art. 59 Verf. v. Nordrhein-Westfalen, Art. 44 Verf. v. Hamburg, Art. 121 Verf. v. Bremen). In den Ländern soll die Einzelniederschlagung soweit erlaubt sein, soweit es in der betreffenden Länderverfassung für zulässig erklärt ist (Löwe-Rosenberg, Vorbem. 16 c zu § 12 GVG, S. 52; Cüppers, Die Neuregelung des Gnadenwesens, eine vordringliche Aufgabe der Bundesregierung, NJW 1949, S. 921). Nun sieht aber die h. L. in der Einzelabolition einen

Kontrolle entzieht. Auch kann der Beschuldigte dadurch wider Willen einem Freispruch entzogen werden [1].
Subtraktiv mögen so die den Gegenstand der Bearbeitung bildenden Begnadigungen von Strafen gekennzeichnet sein. Ob diese Akte Vollstreckungshindernisse oder Strafaufhebungsgründe sind [2], wie es mit der Begnadigungsfähigkeit von "Positionsverlusten" steht [3], die Auswirkung einer Begnadigung auf die Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit usw. [4] sind im Strafrecht strittige Probleme, die aber die staatsrechtliche Fragestellung nicht tangieren.

IV. Zur überkommenen Definition des GA

Im allgemeinen wird der Erlaß des GA in einen notwendigen Zusammenhang mit der "obersten Staatsgewalt", mit dem "Zentralpunkt der staatlichen

---

Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG (vgl. Müller, Rückzahlung von rechtskräftig vereinnahmten Geldstrafen und Geldbußen im Gnadenwege? NJW 1956, S. 1429; vgl. Kern, Der gesetzliche Richter, S. 208 f. Soweit die Abolition nach Erhebung der öffentlichen Klage erfolgt, ist das jedenfalls zu bejahen. Insoweit ist daher die Spezialabolition im Geltungsbereich des GG unzulässig. Anders ist es z. B. in Österreich (Adamovich, S. 334).

1) Nieders, S. 47. Durch Abolition kann die Ehre eines zu Unrecht Beschuldigten empfindlich verletzt werden (v. Bar., S. 485). Schon Abegg (S. 249) erblickt in der Niederschlagung einen Verstoß gegen die Gerechtigkeit. In der Regel geben die Straffreiheitsgesetze den Betroffenen ein Recht auf Durchführung des Strafverfahrens.

2) Die Antwort hängt wohl davon ab, ob man eine strafprozessuale oder eine materiell strafrechtliche Betrachtung anstellt (Nieders, S. 82, Klees, S. 82). Maurach wendet sich gegen die herrrschende Charakterisierung als Strafaufhebungsgrund und bezeichnet die Begnadigung vor Rechtskraft ein Verfolgungshindernis, nach Rechtskraft ein Vollstreckungshindernis (S. 726).

3) Dazu Hartung, Die Rechtsnatur des Gnadenrechts, JW 1932, S. 1710 f; Nieders, S. 62, Anm. 1.

4) Es hat sich hier die Auffassung durchgesetzt, daß grundsätzlich die Verurteilung bestehen bleibt, so daß die im Gnadenwege erlassene Handlung zu einer Verurteilung wegen Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit, wegen Rückfalls usw. führen kann. Die deliktische Natur der vom Begnadigten begangenen Handlung wird also nicht mehr geleugnet (v. Liszt-Schmidt, S. 440; Adolph, S. 55; Nieders, S. 128, Anm. 1a; Schuster, S. 58; Kuhnt, MDR 1955, S. 194; Bayer. Ob. LG, Beschl. v. 17. 5. 1951, JZ 1951, S. 522 ff).
Selbstverständlich darf die Begnadigung nicht in Rechte Dritter eingreifen (vgl. Mohl, S. 661 ff). Eine Begnadigung bei Antragsstrafsachen und nach Privatklageverfahren wird man aber als zulässig erachten müssen (bestr.).

Macht" [1] gebracht. Daß der GA traditionell dem obersten Exekutivorgan zusteht [2], beweist noch nicht einen notwendigen Zusammenhang zwischen Gnadenausübung und Staatsoberhaupt oder Staatsspitze. Was aber in besonderer Weise zu Bedenken Anlaß gibt, ist die Vorstellung einer obersten Staatsführungsgewalt, die notwendig Inhaber der Gnadenmacht sein soll [3]. Ist eine solche, die souveräne Einheit des Staates bildende Regierungfunktion mit dem GG vereinbar? Wenn alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht und in den drei Funktionen ausgeübt wird (Art. 20 GG), wo ist da Raum für eine souveräne Dezision oberhalb der Gewaltentrias? Beläßt man aber den GA innerhalb des Systems der Gewaltenteilung, so bedarf es weiterer Klärung, welcher Staatsfunktion der GA systemgerecht zuzuordnen ist. Wiederum erscheint es deshalb als voreilig, von einem insoweit gesicherten Gnadenmerkmal auszugehen.

Meist wird die Begnadigung als völliger oder teilweiser Erlaß oder Milderung von Strafe definiert [4]. Eine nähere inhaltliche Bestimmung des GA hat die überkommene Lehre durch die Befehls- [5], Verzichts- [6], oder die Restitutionstheo-

---

1) Laband, Staatsrecht, 2. Bd. S. 249 und 3. Bd. S. 506. Nach Förster fließt das Gnadenrecht unmittelbar aus der Staatshoheit u. steht daher grundsätzlich dem Souverän zu (Zur Neuordnung des Gnadenwesens, JR 1950, S. 609). Vgl. auch Apelt, aaO., S. 289

2) Wahl, S. 11; Kühn, AO § 477, Vorbem. I 1; Hoffmann, aaO., S. 290; Schuster, S. 33; Apelt, Geschichte der Weimarer Verf., S. 289

3) Heiman sieht in Anlehnung an Hellers Souveränitätsbegriff in der Gnaden- und Diktaturgewalt (Art. 48 und 49 WRV) gleichermaßen den Ausdruck einheitlicher, integrierender, notwendiger Staatsautorität (Heiman, S. 53). Der Zusammenhang mit der Diktaturgewalt mag andeuten, in welche Abgründe die überkommenen Gnadenvorstellungen führen können.

4) Gerland, S. 572; Laband, Staatsrecht, 2. Bd., S. 249; Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, S. 289; Kühn, AO § 477, Vorbem. I, 1; Löwe-Rosenberg, Vorbem. 10 vor § 12 GVG (S. 44); Menger, Anm. zu dem Urt. d. BVerwG v. 27. 2. 57, DVBl. 1957, S. 683. Zum kan. Recht vgl. cc 2236 - 2240 und Eichmann-Möhrsdorf, S. 354 ff. Stammler definiert den GA als einen besonderen Akt eines dazu Berechtigten (Lehrbuch der Rechtsphilosophie, § 153, S. 318). Diese Formulierung ist so allgemein, daß sie von geringem Erkenntnis- und Abgrenzungswert ist.

5) Gerland, S. 571; Laband, Staatsrecht, Bd. III, S. 506; Klees, S. 81; RG Str. Bd. 28, S. 419.

6) Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts, S. 312 f; v. Liszt-Schmidt, S. 439; v. Mangoldt, (1. Aufl.), GG Art. 60, Bem. 3; Wenger, S. 14; Heiman, S. 44; Pralle, S. 10 f; Dreher, Über die gerechte Strafe, Schriften der SJZ, Heft 5, S. 146; Geerds, S. 9. RG, Urt. v. 30. 5./6. 6. 1896, RGStr. 50, S. 388; RG, Urt. v. 24. 6. 1918, RGStr. 52, S. 150; RG, Urt. v. 4. 4. 1919, RGStr. 53, S. 68; BGHStr. 4, S. 289; RFH Bd. 14, S. 169 = JR 1925 Nr. 115. OVG Münster, Beschl. v. 21. 4. 53, NJW 1953, S. 1240.

rie [1] abzugeben versucht. Jede dieser Theorien gibt eine Antwort auf die Frage nach der Natur der GA. Indes geht es dabei gar nicht um eine staatsrechtliche Einordnung und Typisierung des GA, sondern um seine strafrechtliche Erklärung und Rechtfertigung. Eine etwaige Qualifizierung des GA als VA schließt die Verzichtstheorie weder aus noch ein. Schon öfters wurde verkannt, daß sich die beiden Problemkreise überschneiden [2]. Die praktische Bedeutung der Theorien ist nicht mehr sehr groß [3]. Für eine Erfassung und Beschreibung der Gnadenpraxis ist aber ihre Betrachtung noch immer nützlich. Es kann nicht mehr gelten, die Theorien als bedeutungslos in den "Zusammenhang mit der Ideologie des liberalen Rechtsstaates" zu verweisen [4].

Die Befehlstheorie sieht im GA den Befehl einer übergeordneten Behörde an ein untergeordnetes Organ, bestimmte Handlungen, zu denen es verpflichtet ist, nicht vorzunehmen. Nach der Verzichtstheorie ist der GA Verzicht auf einen dem Staate zustehenden Strafvollstreckungsanspruch [5]. Es fällt auf, daß die Definitionen sich nicht unbedingt widersprechen. Die Befehlstheorie sieht den GA einseitig in seiner Wirkung innerhalb der Behördenhierachie, die Verzichtstheorie

---

Ersichtlich entspricht es nicht den Tatsachen, wenn Forsthoff (Lehrbuch, S. 261) ausführt, man sei in neuerer Zeit davon abgekommen, die Begnadigung als Verzicht auf den staatl. Strafanspruch aufzufassen.

1) Löwe-Rosenberg, Vorbem. 11b zu § 12 GVG; Schäfer, Zur Neuregelung des Gnadenwesens, JW 1935, S. 905.

2) Vgl. etwa RFH, Gutachten v. 20. 9. 1924, RFH Bd. 14, S. 169 ff (171); Lissner, S. 13 ff.

3) Der Theorienstreit war einst bei der Zuständigkeitsabgrenzung von Reich und Ländern von ausschlaggebender Bedeutung (vgl. Adolph, S. 75 ff, RGStr. 28, 419, RFH, aaO., S. 169 ff). Heute gelangen hier alle Theorien zu denselben Ergebnissen (Nieders, S. 38, Anm. 1).

4) So Grewe, der ein Rechtsverhältnis zwischen Staat und Verbrecher als liberal-rechtsstaatliche Doktrin ablehnt (S. 39 f). "Eine Zerlegung der einheitlichen Staatsgewalt in eine Summe einzeln aufzählbarer Eingriffsrechte" und damit überhaupt die Funktion des staatlichen Strafanspruchs lehnt Grewe ab. Die autoritäre Grundhaltung, die sich hier deutlich abzeichnet (vgl. besonders Grewe, S. 38) ist bei den mannigfachen Bezugnahmen auf Grewe, die ohne Vorbehalt erfolgen (vgl. z. B. Forsthoff, aaO.), überraschend.

5) Gegen die Verzichtstheorie wird vielfach eingewendet, es widerspreche der staatlichen Strafpflicht, auf diese "verzichten" zu können. Die Strafpflicht besteht aber nur in der durch das Gnadeninstitut modifizierten Form. Verzichtet wird ferner nicht auf die Strafpflicht, sondern auf den Strafanspruch, beides ist nicht identisch und braucht das auch nicht zu sein.
Der Streit um Befehls- und Verzichtstheorie soll hier nicht näher ausgebrei-

erfaßt das Verhältnis zum Begnadigten [1]. Man kann daher den GA als Befehl einer übergeordneten an eine untergeordnete Instanz, der einen Verzicht des Staates auf den Strafvollstreckungsanspruch beinhaltet, bezeichnen. Damit mag eine gewisse inhaltliche Kennzeichnung der strafrechtlichen GA gegeben sein [2].

---

tet werden. Schon über 100 Jahre wurde in dessen Rahmen die Diskussion um die Rechtsnatur der GA durchgeführt, die in spitzfindige, begriffsjuristische Kontroversen ausartete. So glaubte man, es sei aus dem Begriff des Verzichts heraus nicht möglich, die Wiederherstellung verlorener Rechte und Fähigkeiten als GA zu verstehen (a. A. mit Recht Eb. Schmidt, Handbuch d. dt. Staatsrecht II, S. 569). Deshalb wurde eine neue Konstruktion erfunden, die Restitutionstheorie. Nach ihr ist die Begnadigung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Folgen des Strafurteils, ohne das Strafurteil selbst aufzuheben. Damit sind die Wirkungen der Begnadigung beschrieben, ohne aber Grund und Wesen der Begnadigung aufzuzeigen. Letzlich ist es auch Sache des Gesetzgebers, die möglichen Wirkungen der Begnadigung aufzuzählen. Die Gnadentheorien sind hier überfordert. In § 50 Bundesbeamtengesetz ist für das Gebiet des Beamtenrechts eine positive Regelung erfolgt (vgl. Fischbach. Bundesbeamtengesetz, § 50, Bem. III).

1) Daß den verschiedenen Theorien verschiedene Betrachtungsweisen zu Grunde liegen, ist schon bei Eb. Schmidt im Grundsatz erkannt (Handbuch d. dt. Staatsrecht II, S. 565) und bei Pralle angedeutet (S. 23). Wenn der BGH (vgl. die Anführungen bei Kuhnt, MDR 1955, S. 194) die Gnade materiell als Tilgung des Strafanspruchs und formell als Verhinderung der Geltendmachtung des Strafanspruchs ansieht, so kommt in der Tilgung des Strafanspruchs die Richtung gegen den Deliquenten, in der Verhinderung der Geltendmachung der Befehl an die Verwaltung zum Ausdruck.

2) Eine Präzisierung des Gnadenbegriffs kann nicht wie vielfach üblich durch Aussonderung von Akten der Rehabilitation oder Restitution erfolgen. Schon die Terminologie und die Abgrenzung dieser Akte ist uneinheitlich (vgl. Abegg, S. 248, Lissner, S. 18 f, Funcke, S. 19, Nieders, S. 58 ff). Ihre Ausgrenzung aus dem Kreis der GA ist die Folge der begrifflichen Übertreibung der Gnadentheorien.

A) DER GA EIN RECHTSAKT

I. Recht und Gnade

1. Die heterogene Wesensschau des Rechts und die Gnade

a) Das Recht als Macht im objektiven geistigen Sein

Das Verhältnis von Recht und Gnade müßte sich aus dem Vergleich ihrer Definition ergeben. Dieses Verfahren ist hier nicht durchführbar. Weder ist es bis jetzt gelungen, einen allgemein anerkannten Begriff des Rechts zu finden [1], noch kann das Wesen der Gnade als definiert gelten. Daher soll versucht werden, aus den verschiedenartigen Fragestellungen und Antworten um das Wesen des Rechts den systematischen Ansatzpunkt für eine denkbare Unterscheidung von Recht und Gnade zu finden. Zugleich wären dann Gnade und Recht soweit bestimmt, sowei sie sich gegenseitig ausschließen, den Abgrenzung ist immer ein Stück Definition.

Die Antwort auf die Frage nach dem Wesen des Rechts kann eine Analyse der in der Sphäre des objektiven Seins wirkenden Kräfte sein. Das Recht wird von den verwandten Erscheinungen der Sitte, Sittlichkeit und Religion abgegrenzt [2]. Sie kann aber auch eine Untersuchung der rechtserzeugenden Faktoren bedeuten. Das Wesen des Rechts ergibt sich so aus seinen Gründen. Schließlich vermag man das Wesen des Rechts als Produkt seiner verschiedenartigen Betrachtungsweisen zu relativieren [3].

Die zuerst angeführte Fragestellung ist die logisch primäre. Der Gegenstand des Rechts muß in der Welt der geistigen Phänomene bestimmt sein, bevor die ihn bildenden Kräfte festgestellt werden können [4]. Gehört nun die Gnadenausübung in den Bereich des Rechts, der Sittlichkeit oder der Religion? Würde man den GA

---

1) Rumpf, Regierungsakte, S. 30; Kant, Metaphysik der Sitten, § A, S. 33 f

2) Vgl. z. B. Del Vecchio, Rechtsphilosophie, S. 362 ff; Machleid, Über Wesen, Aufgabe, Begrenzung und Gefährdung des Rechts, Die Verwaltungspraxis, 1959, S. 25 ff, 49 ff. Forsthoff versucht wieder das Recht zu ethisieren, ohne aber die festen Grenzen zur Ethik aufzuweichen. "Die Ethik lebt aus innerer Bewährung sie verwirklicht sich aus der Spontanität des ethischen Bewußtseins, nicht aus dem Gebot des Rechts" (Forsthoff, Grenzen des Rechts, S. 22).

3) Carl Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 7 ff

4) Aus der Erkenntnis der rechtsgestaltenden Kräfte sind dann allerdings Rückschlüsse über die Rechtsqualität von Erscheinungen der geistigen Wirklichkeit möglich.

in complexu als Akt der Sittlichkeit begreifen, wären Unterscheidungen wie zwischen Amnestie, Abolition und Begnadigung, zwischen Verzichts- und Befehlstheorien ebenso absurd wie ein Versuch, die Gnade Gottes zu zergliedern und in Kompetenzen und Grenzen ihrer Wirksamkeit rational zu erfassen. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Qualifikation wäre dann ausgeschlossen. Mit Recht ist eine solche totale Transzendierung aus den meisten einschlägigen Äußerungen, selbst wo Gnade und Recht einander gegenübergestellt werden, nicht herzuleiten [1]. Für den GA als kompetenziell geregeltem Staatsakt ist ein außerrechtlicher Charakter überhaupt nur im materialen Kernbereich, nicht aber auf formalem Randgebiet denkbar. Nur diesem inhaltlichen Widerspruch zum Rechtsbegriff, nur einer partiellen Rechtsfreiheit, ist daher nachzugehen.

Meist wird das Recht zunächst als ein Inbegriff von Normen bezeichnet [2]. Diese kann man näher bestimmen als Urteilsmaßstäbe, Mißbilligungen und Billigungen. Daraus ergibt sich als Funktion des Rechts, Werturteile zur Orientierung über alle sachlichen Fragen abzugeben. Es gilt "das Prinzip der adresselosen Norm, des idealen Seinsollens" [3]. Gegenstand einer derartigen Bewertung kann nun alles sein. Selbst göttliche Ratschlüsse können als gerecht oder ungerecht, unbillig und unverdient empfunden und bewertet werden. Auch der Charakter eines Menschen und Gesinnungen können Gegenstand einer Bewertung sein [4]. Nach dieser "Be-

---

1) Nieders (S. 106, 135 ff, 141, 160) sieht dagegen den GA umfassend als Akt der Humanität oder Religion an. Folgerichtig lehnt er deshalb jede rechtliche Einordnung und Kategorisierung ab. Den metarechtlichen Nimbus des GA versucht Nieders (S. 63 ff) noch dadurch zu begründen, daß alle Theorien über eine rationale Einordnung des GA umstritten und widerspruchsvoll seien. Diese Argumentation ist nicht schlüssig. Noch nie wurde aus der Schwierigkeit einer juristischen Definition der metarechtliche Charakter des Gegenstandes gefolgert. Nieders muß selbst einräumen, daß sein Gnadenbegriff in der Gnadenpraxis nicht vorkommt (Nieders, S. 13, 29); ein ideeller, hypothetischer Gnadenbegriff verdient aber kein besonderes Interesse. Bei Coing (Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 149) und bei Neuhaus (Der Widerspruch gegen das Recht, AcP 150, S. 522) findet sich ebenfalls eine schroffe Herausnahme der Gnade aus der Wertwelt des Rechts. Ob diese sich aber auch auf die formellen Momente des GA bezieht, ist nicht ersichtlich.

2) Engisch, Der rechtsfreie Raum, ZgStW 108 (1952), S. 404, Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 2.

3) Engisch, aaO., S. 411, mit umfangreichen Nachweisen; vgl. auch v. Liszt-Schmidt, S. 174 f.

4) Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia (D, I, I, 10 - Ulpian -). Unter dieser Theorie ist auch eine Gesinnungsforschung, wie sie das Wehrpflichtgesetz in Bezug auf die Kriegsdienstverweigerer fordert (vgl.

wertungstheorie" ist kein Grund ersichtlich, warum die Gnadenmotivation, selbst wenn es sich um "echte", "eigentliche", oder "wahre" Gnade handelt, nicht rechtlicher Bewertung und Unterwerfung zugänglich sein soll. Erfaßt man die Rechtsnorm als in Tatbestand und Rechtsfolgebefehl gegliederten hypothetischen Sollenssatz [1], so ist das Ergebnis nicht anders. Jede Tatsache kann Aufnahme in den Tatbestand finden und dadurch rechtserheblich werden. Auch für die Gnadengesinnung ergibt sich keine Ausnahmesituation. Alles erdenkliche kann so rechtlich erfaßt werden. Auf der Befehlsseite sind aber rechtsleere Räume erkennbar, die parallel denen der Imperativtheorie sind [2]. Nach dieser Theorie sind die Normen inhaltlich nämlich überhaupt nur Befehle, Verbote und Gebote [3]. Diese Rechtsimperative sind ihrer Natur nach auf fremdes menschliches Willensverhalten gerichtetes Wollen. Wenn nun der rechtliche Imperativ sinnvoll und ernst gemeint zu sein beansprucht, so endet der Wirkungsbereich der Rechtsnorm dort, wo ein durch den Imperativ motivierbares Willensverhalten überhaupt nicht in Frage kommt. Damit ergeben sich Grenzen gegenüber dem Gefühl, der Liebe, Wissenschaft, Parteipolitik [4]. Wenn daher dem GA eine spezifische Gandengesinnung legitimerweise zugrunde liegen würde, die mit der frei schenkender Liebe vergleichbar wäre, würde sich der GA inhaltlich im rechtsfreien Raum bewegen [5]. Gelingt aber bei der weiteren Un-

---

Bachof, Wehrpflichtgesetz und Rechtschutz, S. 33 f), sinnvoll und rechtlich möglich. Im Grunde ist hier die allgemeine Frage angeschnitten, wie weit sich das Recht der Persönlichkeit annehmen kann. Kann das Recht die Persönlichkeit verantwortlich machen? Der stark personale Zug weist gerade den GA als spezifischen Ausdruck der Persönlichkeit aus.

1) So die Reine Rechtslehre. Die Begriffe der Rechtswidrigkeit u. der Rechtmäßigkeit erhalten nach Kelsen ihren rechten Sinn, wenn mit dem ersten das den Zwangsakt bedingende, mit dem zweiten das den Zwangsakt vermeidende Verhalten gemeint ist (Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 36 f). Wird ein Verhalten mißbilligt, so wird es in einen Tatbestand aufgenommen, an den als Rechtsfolge ein Zwangsakt geknüpft ist.

2) Engisch, aaO., S. 417 f, verkennt nicht, daß auf der Rechtsfolgeseite rechtsleere Räume auftreten (etwa bei der Bestimmung der Persönlichkeit, dazu die Angaben bei Engisch, aaO., S. 400, Anm. 1); die strenge Parallele in dieser Beziehung zur Imperativentheorie ist aber nicht gesehen.

3) Heiman, S. 10 f; Engisch, aaO., S. 404 ff; der Imperativentheorie stehen nahe Jhering, Der Zweck im Recht, 1. Bd., S. 256 ff; Machleid, aaO., S. 26.

4) Engisch, aaO., S. 405, abweichend Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 15. Gemeint ist nur der innere Bereich dieser Gebiete.

5) Wenn Menger polemisch bemerkt, daß vom Standpunkt eines extremen Rechtspositivismus aus, die nach den Vorschriften der Verfassung ordnungsgemäß gesetzte Rechtsnorm ihrem Adressaten jedes beliebige Verhalten ge-

tersuchung der Nachweis, daß sich der GA durch keine solche irrationale Motivation auszeichnet, so wäre auch nach der Imperativentheorie eine Wesensverschiedenheit von Gnade und Recht nicht erkennbar. Einer dezionistischen Rechtsauffassung [1] wird der Nachweis des Fehlens der regelhaften Bindung, Messung und Berechenbarmachung bei den Gnadenerweisen unschwer gelingen. Das personale, nicht nachprüfbare Moment, das mit der "echten Gnadengesinnung" angesprochen wird, ist dem Entscheidungsdenken in der Rechtstheorie keineswegs fremd, während es der normativistisch-verfassungsrechtlichen Betrachtungsweise als Fremdkörper erscheinen muß [2]. Welche Betrachtung ist aber unserer rechtsstaatlichen Ordnung angemessen? Die Darstellung des Wesens der Gnade muß sich hier zu einer Selbstbewußtwerdung unserer Rechtslehre erheben.

b) Das Wesen des Rechts in den rechtsgestaltenden Faktoren

Welche geistigen oder körperlichen Kräfte bringen das Recht hervor? Auch hier kann es nicht darauf ankommen, die Frage an sich zu beantworten, sondern die verschiedenen Ansichten nach einem Anhaltspunkt für eine antithetische Gegenüberstellung von Gnade und Recht durchzuprüfen.
Grundsätzlich sind die Real- und die Idealauffassungen vom Recht zu unterscheiden. Erstere gründen das Recht auf somatisch-physiologische, rassisch-völkische Sachverhalte, auf wirtschaftliche, politische Verhältnisse oder auf die gesellige Natur des Menschen. Letztere leiten das Recht von Gott, von selbständigen Werten, welche sich in einem seienden Idealreich befinden oder aus dem rationalen Erkenntnisvermögen ab [3]. Bei keiner dieser Theorien ist das Wesen der Gnade

---

bieten könne (Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 4), so ist wohl keine Stellungnahme zu den wesensmäßigen Grenzen des Rechts im Allgemeinen, sondern speziell zum Problem des überpositiven Rechts gewollt.

1) Das Recht kann grundsätzlich als Entscheidung, als Regel oder als konkrete Ordnung und Gestaltung begriffen werden (Carl Schmitt, Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 7).

2) Den Zusammenhang zwischen reiner Gnade und dezionistischem Denken weist Carl Schmitt (aaO., S. 26) in der theologischen Dogmengeschichte nach. Dem Dezionismus komme das Verdienst zu, den durch juristische Überlegungen und Normativierungen entarteten Gnadenbegriff wiederhergestellt zu haben (Carl Schmitt, aaO., S. 26). Die dezionistische Methode führt auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft zu parallelen Ergebnissen.

3) Fechner, Rechtsphilosophie, S. 21 ff

notwendig dem Wesen des Rechts entgegengesetzt. Die Realauffassungen werden nicht umhin können, auch das Gnadeninstitut als Produkt sozialer Gegebenheiten zu begreifen, die Ideallehren müssen auch den GA wesensmäßig auf den Bereich zurückführen, aus dem das Recht überhaupt ihrer Meinung nach entspringt. Anders wäre es, wenn z. B. das Gnadeninstitut als göttlichen Ursprung dem rationalen Wesen des übrigen Rechts gegenübergestellt würde. Das erfolgt aber nicht einmal in Form einer naturrechtlichen Legitimierung des Gnadenwesens. Wohl wird der Rationalist eher geneigt sein, auch den GA rational durchzubilden [1], aber auch aus der ratio kann die Anerkennung irrationaler Eigengesetzlichkeit der Gnade gefolgert werden [2].
Verschiedentlich wird der positive GA aus der göttlichen Gnade erklärt und gerechtfertigt [3]. So soll der Gnade ihr eigentlicher Sinn wieder gegeben werden. Das Verhältnis Gnade - Recht wird identifiziert mit der allgemeinen Beziehung Evangelium - Recht. Sittlichkeit und Recht werden in korrelative Zuordnung gebracht. Der Einbruch der Sittlichkeit in Form des christologischen Weltverständnisses führt zu einer personalen Durchdringung des Rechts. Damit ist das Recht selbst aber "vergnadet"[4], eine Antithese von Gnade und Recht nicht mehr sichtbar.
Wenn dagegen NIEDERS (S. 126) der Wertwelt der Gerechtigkeit die Wertwelt der Liebe und Gnade entgegensetzt und diese christlich oder humanistisch fundiert, so wird hier doch die Gnade auf einen anderen Seinsgrund, einen anderen Wert als das Recht gegründet. Es wird darauf zu achten sein, ob diese Vorstellung im Rechtsstaat des Grundgesetzes Raum hat.

---

1) So ist z. B. bei Rudolf Stammler, bei dem die rationale Einseitigkeit eine besondere Ausprägung erfahren hat (Fechner, aaO., S. 41), die Gnade ein Institut zur Verwirklichung des richtigen Rechts (Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 319). Rituell-religiöse und magische Gesichtspunkte stören die funktionalistische Berechenbarkeit im modernen technisch-formalisierten Recht (vgl. Grewe, S. 17).

2) Wenn Radbruch (Rechtsphilosophie, S. 343) aus der heilsamen Erschütterung eines an sich nicht zweckgebundenen GA die Irrationalität der Gnade rechtfertigt, oder die echte Gnade gewissermaßen als psychologisch-notwendigen Hinweis, daß es noch höhere Werte als das Recht gibt, auffaßt, so ist hier das Irrationale auf der Vernunft gegründet.

3) Wever, Gnade und Recht, S. 50, 115 f; Kohl, Die Grundlagen von Liebe und Gnade in der Strafrechtspflege, S. 24, 25, 51; ähnlich schon Göschel, Zerstreute Blätter aus den Hand- und Hilfsakten eines Juristen, 1. Teil, S. 468 f, 474, 479. Die dezionistische Denkweise ist bei diesen Autoren unverkennbar.

4) Dabei ist nicht an den totalen Rechtsanarchismus Tolstoischer Prägung zu denken, eine theologisch begründete Verstärkung des Entscheidungsdenkens

2. Die gemeinsame Orientierung von Gnade und Recht an der Rechtsidee

a) Gnade und Gerechtigkeit

Das Recht muß, will es sich seiner Bezeichnung würdig erweisen, an der Rechtsidee ausgerichtet sein. Mindestens muß es sich in seinem subjektiven Streben dem Rechtswert verpflichtet fühlen [1]. Ist dieses Verpflichtetsein gegenüber der Rechtsidee ein unveräußerliches Kennzeichen allen Rechts, so würde der GA, falls er nicht auf diesen Wert gerichtet wäre, erweislich dem Recht fremd sein. Gegenstand der Untersuchung ist der in der Wirklichkeit ausgeübte GA, nicht ein gedachter Idealtyp [2]. Hat sich die Gnadenpraxis selbst wenigstens im Regelfall dem Recht unterstellt, so vermag die staats- und verwaltungsrechtliche Theorie schwerlich das Gegenteil zu beweisen. Der allgemeine Schluß von der Normalität auf die Normativität, vom Sein auf das Sollen [3], würde vielmehr unter diesen Umständen eine Einordnung des GA in das rechtsstaatliche Rechtserzeugungsgefüge auch staatsrechtstheoretisch nahe legen.

Die Idee des Rechts umfaßt zunächst die Gerechtigkeit [4]. Diese mag man historisch aus der griechisch-römischen Philosophie und aus dem Christentum, aus dem Rechtsgefühl oder dem Naturrecht herleiten, immer wird die Gleichheit sich als ihr unentbehrlicher Kern erweisen [5]. Ist auch die Gnadenausübung vom

---

gegenüber dem Regeldenken ist das Ergebnis der Durchdringung von Recht und Gnade.

1) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 123; Dahm, Deutsches Recht, S. 11, 15. Der Sache nach ebenso württ.-badischer VGH, Beschl. v. 2. 11. 1949, DRZ 1949, S. 544; Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? Dagegen sehr positivistisch Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 24 f; ders. Staatslehre, 3. Teil, S. 131.

2) "Wollen wir nicht den Boden unter den Füßen verlieren, so dürfen wir, zumal als Juristen, bei der Beantwortung unserer Frage die tatsächliche Gnadenpraxis nicht übergehen" (Mezger, Recht und Gnade, Gerechte Ordnung, S. 58). Mezger geht allerdings trotzdem auch auf das idealtypische Wesen der Gnade ein, das er anders als die tatsächlich geübte Gnade in den Gegensatz zum Recht bringt.

3) vgl. Heller, Staatslehre, S. 252

4) Die Rechtsidee wird vielfach mit der Gerechtigkeit identifiziert (Binder, Philosophie des Rechts, S. 392; Mezger, aaO., S. 46). Grund dafür ist, daß die Gerechtigkeit selbst materiell und nicht wie bei Radbruch als formale Idee begriffen wird.

5) Nieders, S. 111 ff. Vgl. Binder, Philosophie des Rechts, S. 393; Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 24; Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates, S. 14; Rümelin, Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, S. 14 f. "Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi" (Ulpian,

Gleichheitsprinzip determiniert ? Das Gegenteil von Gleichheit ist Willkür [1]. Zu Unrecht wird der Willkürbegriff bei der Gnade mit Prädikaten wie "positiver" oder "objektiver" Willkür verharmlost [2]. Es geht nicht an, den GA nur in Beziehung zu demjenigen zu sehen, welcher der Vergünstigung teilhaftig wurde. Sonst könnten auch andere willkürlich ausgeübten Staatstätigkeiten im einseitigen Blick auf die zufällig Begünstigten als positiv bezeichnet werden [3]. Die These, daß der GA dem Gleichheitssatz nicht untersteht, ist angesichts der Verfassungsordnung des GG ungewöhnlich genug, um nicht als selbstverständlicher Ausgangspunkt übernommen werden zu können [4]. Ob nun der GA der Rechtsidee untersteht, soll zunächst für das Teilgebiet der Gleichheit untersucht werden.

Gnade wird gewährt bei "Betriebsunfällen" in der Rechtspflege - eine verjährte strafbedrohte Handlung wird bestraft, eine ungesetzliche Strafe wird verhängt - . Ganz allgemein wird ein Fehlurteil als Gnadengrund angesehen [5]. Dann dient

---

D, I, 1, 10). Der Einfluß des Aristoteles ist bei Ulpians Formulierung unverkennbar.

1) Esser, aaO., S. 13; Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 25; Dahm, Deutsches Recht, S. 15.

2) So aber Klees, S. 3 und Heiman, S. 40. Laun geht noch davon aus, daß die Rechtsordnung den öffentlichen Organen auch erlauben könne nach eigenem Belieben in "rechtlich erlaubter Willkür" zu handeln (Zum Problem des freien Ermessens, Zitelmann-Festschrift, S. 7). Die Ausführungen Launs müssen grundsätzlich als überholt gelten.

3) Der Willkürbegriff wäre auf diese Weise relativiert. Ganz abgesehen davon darf nicht übersehen werden, daß Barmherzigkeit gegen die Wölfe Unrecht gegenüber den Schafen ist. Ähnlich hält v. Mohl subjektive nicht begründete Begnadigungen zugleich als persönlicher übler Wille gegen alle Nichtbegnadigten, wenn sie der gesetzlichen Strafe unterworfen bleiben (v. Mohl, aaO., S. 656).

4) Typisch für eine voreingenommene Betrachtungsweise Nieders (S. 120): "Wie soll nun aber die Gnade, die gerade nicht in der Gleichbehandlung, sondern in deren Gegenteil sich auszeichnet, zur Gerechtigkeit beitragen oder gar mit ihr identisch sein". Dagegen hält es schon Merkel, Lehrbuch d. Dt. Strafrechts (1889!), S. 252 für selbstverständlich, daß die Begnadigungen nicht willkürlich erfolgen sollen.

5) Merkel, aaO., S. 250 f; v. Liszt-Schmidt, S. 440; Gerland, S. 571; Pralle, S. 72; Kern, Strafverfahrensrecht, S. 217; Hans. OLG Bremen, Urt. v. 6. 12. 1950, NJW 1951, S. 123 f; dagegen sind Wenger (S. 34) und Nieders (S. 102) der Auffassung, daß es Aufgabe des Strafprozesses und nicht des Gnadenverfahrens sei, gerichtliche Urteile zu korrigieren. Gegen die verbreitete Übung

aber auch die Gnade zur Milderung von Gesetzeshärten, welche etwa durch absolut bestimmte Strafen verursacht werden. Die abstrakte Fassung der Gesetze kann im konkreten Fall zu unbillig harten Bestrafungen führen [1]. Ungleiche Tatbestände mögen durch die generelle Norm einer gleichen Behandlung unterworfen werden. Aufgabe der Gnade ist hier, zugunsten der Einzelfallgerechtigkeit einzugreifen [2]. Mitunter trifft auch die Strafe die Täter unvermutet verschieden schwer. So können Änderungen in der finanziellen Situation verschiedenartige Strafwirkungen bei den Betroffenen hervorrufen, trotz gleicher Schuld- und Strafwürdigkeit. Alle nach der Hauptverhandlung, auf welche das Urteil ergeht, entstandenen Gründe können gar nicht bei der Strafzumessung berücksichtigt werden [3] und sind potentielle Gnadengründe. GERLAND faßt alle Begnadigungen, welche auf den bisher erwähnten Motiven beruhen, als Ausgleichsbegnadigungen

---

der Gnadenbehörde, Urteile auf ihre Richtigkeit nachzuprüfen, müssen in der Tat schwerwiegende Einwände erhoben werden, welche sich aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit im allgemeinen und der Stellung der richterlichen Gewalt in der Bundesrepublik im besonderen ergeben.

1) Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 861; Kern, Die Verdrängung des Rechts durch die Gnade, ZStrW 43 (1922), S. 594; Klees, S. 29 ff. Eine Aufzählung der Gnadengründe gibt Hartung, Das Gnadenrecht in der Kriegs- und Nachkriegszeit, JW 1932, S. 2768 f.

2) Gerland, aaO.; R. v. Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, S. 186; Adolph, S. 16 f; Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, S. 289; Schultz, Blick in die Zeit, MDR 1957, S. 77; BFH, Beschl. v. 23. 3. 1955, Urt. v. 6. 7. 1955, BStBl. III, S. 275. Das Wesensmerkmal des Rechts zur Generalisierung muß immer wieder mit den Postulaten nach materieller Gerechtigkeit in Konflikt kommen (Rümelin, Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, S. 38). In diesem Sinne sieht auch das Justizministerium Baden-Württemberg die Aufgabe der Gnadeninstanz u. a. darin, Ungleichmäßigkeiten in der Rechtsprechung auszugleichen (Stuttgarter Zeitung v. 21. 7. 59, Nr. 173, S. 3).

3) z. B. gute Führung im Strafvollzug, aufrichtige Reue, die Bedürfnisse der Angehörigen des Verurteilten. So wurde der im Sommer 1956 in zwei aufsehenerregenden Mordprozessen wegen fahrl. Tötung zu einer hohen Gefängnisstrafe verurteilte Zahnarzt Müller vom Justizministerium Rheinland-Pfalz begnadigt, weil er sich als Erstbestrafter gut geführt habe und sich wieder um seine Kinder solle kümmern können (Stuttgarter Nachrichten v. 3. 12. 1959, Nr. 280, S. 17). Dagegen wurde der nicht minder bekannte Caryl Chessman von Gouverneur Brown, Kalifornien, deshalb nicht begnadigt, weil sein Verhalten nur Rechthaberei und keine Reue bekundete (vgl. Stuttgarter Zeitung v. 24. 10. 59, Nr. 246, S. 9). Zu den Gnadengründen, die nach Fällung des Urteils entstehen, vgl. Merkel, aaO., S. 251 f; v. Bar, S. 466; Gerland, S. 571; Löwe-Rosenberg,

zusammen und stellt sie den Bewährungsbegnadigungen gegenüber [1]. Den Ausgleichsbegnadigungen ist gemeinsam, daß die formelle zugunsten der materiellen Gerechtigkeit und der Einzelfallgerechtigkeit korrigiert wird [2]. Die Einzelfallgerechtigkeit ist identisch mit der Billigkeit. Das ist seit ARISTOTELES überwiegend anerkannt [3]. Die Billigkeit ist aber von der Gleichheit nicht nur geduldet, sondern geradezu gefordert: Ungleiches darf nicht gleich behandelt werden. Damit hat aber auch die Gnadenausübung Teil an der Verwirklichung der Gerechtigkeit und der Rechtsidee.

b) Gnade und Zweckmäßigkeit

Die Gerechtigkeit wurde hier ganz im Sinne Radbruchs als formale Idee aufge-

---

Vorbem. 15a zu § 12 GVG; Lissner, S. 7; Nieders, S. 187. Von Mohl, der als Strafzweck den Sühnegedanken vertritt, sieht im Verhalten des Täters nach der Tat und nach dem Urteil keinen Begnadigungsgrund (von Mohl, S. 654).

1) Gerland, S. 572. Dreher (Über die gerechte Strafe, S. 146 ff) bezeichnet die Bewährungsbegnadigung als formelle Gnade.

2) Die Wurzel des deutschen Begnadigungsrechts "liegt in der von jeher anerkannten Befugnis des Souveräns, durch einen Akt ausgleichender Gerechtigkeit da einzugreifen, wo die materielle Gerechtigkeit durch die formale Rechtsprechung nicht den endlichen Ausdruck findet" RG, Entsch. v. 6. 6. 1896, RGStr. 33, S. 211. Ebenso v. Mohl, S. 638 ff, Adolph, S. 16 f, Bechert, Gnade und Recht, Deutsche Justiz, 1944, S. 74 f. Eine andere Frage ist, aus welcher Quelle die materielle Gerechtigkeit zu gewinnen ist. Adolph (S. 17) wendet sich an die Gerechtigkeit, "welche in eines jeden Menschen Herz geschrieben steht", Bendix an die Volksüberzeugung, an die Anschauungen aller billig und gerecht Denkender (Einzelbegnadigung und Rechtskraft, Monatsschrift für Kriminalpsychologie 1926, S. 116 f).

3) Aristoteles, Die Nikomachische Ethik, 5. Buch, 1137 b 24 (S. 177). Hugo Grotius, De jure belli ac pacis, S. 464; Mezger, Gnade und Recht, Gerechte Ordnung, S. 49; Hupe, S. 23, 27; Radbruch, Rechtsphilosophie (1956), S. 127. Binder (Philosophie des Rechts, S. 406 f) sieht das Verhältnis von Billigkeit und Gerechtigkeit dialektisch. Radbruch bezeichnet eine individualisierende Gerechtigkeit als einen Widerspruch in sich, ist aber an anderer Stelle der Ansicht, daß auch die Spezialität noch eine Form des Generellen sei (Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 26). Der aktuale u. personale Charakter soll nach einer anderen Auffassung das Wesen der Gerechtigkeit in die Einzelfallentscheidung verlagern (Wehrhahn, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 41). Wenn Nieders (S. 134) gegen die Einfügung der

faßt [1]. Die Rechtsidee kann sich aber nicht nur mit formalen Inhalten begnügen. Aus dem Gleichheitsprinzip selbst läßt sich weder ableiten, was als gleich und was als ungleich zu behandeln ist noch wie die Gleichen und die Ungleichen zu behandeln sind [2]. Die Gerechtigkeit bedarf daher noch der überempirischen Idee der "Zweckmäßigkeit", welche sich nach dem ethischen Wert des Guten richtet [3]. Der Inhalt des Guten ist bei Radbruch durch seinen nach dem 2. Weltkrieg eingeschränkten und viel kritisierten Wertrelativismus [4] bestimmt. Durch das GG ist für die geltende Rechtsordnung eine Verabsolutierung im Hinblick auf die individualistische und soziale Staatsform eingetreten. Widerspricht der GA der so ausgeformten Rechtsidee ?

Die Gnadenerweise dienen vielfach strafrechtlichen Zwecken. Dabei sind besonders die Bewährungsbegnadigungen zu erwähnen [5]. Solche Zwecke wie auch politische Motive [6] stehen grundsätzlich nicht der Verwirklichung der vom GG ge-

---

Gnade in den Bereich der Billigkeit einwendet, daß die geläufigen Billigkeitsentscheidungen von niemand als Gnadenakt angesprochen würden, so ist hierbei übersehen, daß Unter- und Oberbegriff logisch nicht beliebig austauschbar sein brauchen.

1) Wenn die Gerechtigkeit mit der Rechtsidee gleichgesetzt wird, ist sie mit materialen Inhalten erfüllt (vgl. Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 5; oben S. 24 Anm. 1).

2) Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 26; ders., Rechtsphilosophie, S. 146.

3) Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 27; ähnlich Dahm, Deutsches Recht, S. 14 f, der aber unter Zweckmäßigkeit nur die Zwecke des täglichen Lebens ohne die Hintergründigkeit bei Radbruch meint. Auch bei v. Mohl, S. 644 finden sich schon vergleichbare Gedanken.

4) Radbruch, aaO., S. 29; ders., Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 29. Ein gewisser Wertrelativismus ist auch bei Rümelin, Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, S. 37 f, erkennbar.

5) Nach Peters, Strafprozeß, S. 555, entspricht die Strafaussetzung auf Wohlverhalten sowohl dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit als auch der Gerechtigkeit. Vgl. auch W. Becher, Der Erziehungsgedanke in der Gnadenordnung von Nordrhein-Westfalen, NJW 1952, S. 923 ff. Die Begnadigungen zu Aufräumungsarbeiten in den zerbombten Städten (Nieders, S. 12, Anm. 1) waren ausschließlich durch Zweckmäßigkeit motiviert.

6) Plochmann (S. 82) faßt diese Fälle als "außerordentliche Begnadigungen" zusammen. Die Staatsräson als Begnadigungsgrund wird anerkannt von Bayl, Beiträge zum Criminalrecht, S. 128; Ad. Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 251; v. Mohl, S. 645 ff; E. Loening, Das Begnadigungsrecht und die Ministerverantwortlichkeit, DJZ 1896, S. 432; Eb. Schmidt, Handbuch d. Dt. Staatsrechts, II, S. 563; v. Liszt-Schmidt, S. 440; Apelt, Geschichte der Wei-

formten Staats- und Rechtsidee entgegen [1]. Im einzelnen erfolgen Begnadigungen aus außenpolitischen Gründen [2], zur Förderung der staatlichen Integration [3], um die Bedeutung von Festen und gewißen Ereignissen zu unterstreichen [4], zur Beruhigung in Krisenzeiten.

---

marer Verfassung, S. 289; Berner, S. 340; Lissner, S. 81; Stähle, S. 86 f; Klees, S. 27; Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 276; Kühn, Abgabenordnung, § 477, Bem. 3; Spreng-Birn-Feuchte, Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Bem. 3 zu Art. 52. Schon die Naturrechtslehrer des 17. Jahrhunderts sehen im salus publica eine justa causa der Begnadigung (Hupe, S. 71). Während politische Begnadigungen in der Gnadenpraxis schon immer üblich waren, wurden von der Doktrin Bedenken vorgebracht. Binder will politische Zwecke nur als Nebenzwecke zulassen (Philosophie des Rechts, S. 681 ff), Adolph (S. 22) nur bei Amnestien. Gegen politische GA grundsätzlich Nieders, S. 186; Wevers, S. 100. Der Abgeordnete Preuß schrieb nur 5 % der Gnadenerweise ausgesprochen politischen Charakter zu (Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs, Nr. 391, Mündlicher Bericht des 8. Ausschußes, Nr. 59 der Drucksachen, 26. Sitzung, S. 289). Die Versagung von Begnadigungen kann ebenfalls aus politischen Gründen ausgesprochen werden. So wurde die Forderung der Ritterkreuzträger auf Begnadigung und Abolition ehemaliger Soldaten abgelehnt (Stuttgarter Zeitung vom 27. 10. 1959, Nr. 248, S. 1). Ein Mißbrauch des Begnadigungsrechts wäre es aber, wenn der Gnadenträger seine persönlichen oder politischen Freunde begnadigen würde, ohne daß ein besonderes Staatsinteresse auf dem Spiele stehen würde.

1) Es ist nicht ersichtlich, daß die Gnadeninstitution an sich gegen die überindividualistische oder transpersonale Staatsauffassung verstößt. Die Gnadenmotivationen sind auch in den verschiedenen Epochen im wesentlichen gleich. Deshalb können zur Veranschaulichung Beispiele aus früheren Zeiten und von fremden Ländern herangezogen werden.
2) Justizminister Kallia (Griechenland) nannte als Ziel der Begnadigung der deutschen Kriegsverbrecher den Dienst an den nationalen Interessen Griechenlands (Stuttgarter Zeitung v. 22. 10. 59, Nr. 244, S. 4).
3) V. Bar, S. 466. Die Amnestien nach dem Kriege dienten zur allgemeinen Befriedung und Versöhnung (Brandstetter, S. 21; Arndt, Das Amnestiegesetz, SJZ 1950, Sp. 109 f). Zugleich wird dadurch eine Hebung des Staatsbewußtseins hervorgerufen (Heiman, S. 57). Aus diesen Gründen wurden in Ungarn Begnadigungen in jüngster Vergangenheit vorgenommen (Stuttgarter Zeitung, 6. 4. 1960 Nr. 81, S. 1), in Belgien (Stuttgarter Nachrichten, 3. 12. 1959, Nr. 280, S. 3) und Kamerun (Stuttgarter Zeitung, 2. 1. 1960, Nr. 1, S. 1) vorgeschlagen.
4) Z. B. erging am Jahrestag des Inkrafttretens der Bayerischen Verfassung eine allgemeine Begnadigung (GVBl. Bayern 1948, Nr. 1, S. 3). Eine derartige Am-

Teils auf Gerechtigkeit, teils auf Zweckmäßigkeit beruhen die Begnadigungen, welche dann ausgesprochen werden, wenn die Gesetzgebung noch nicht den geänderten allgemeinen Lebensverhältnissen angepaßt ist. Die Gnade kann hier mehr als der gesetzlich gebundene Strafrichter dem allgemeinen Rechtsempfinden entgegenkommen [1]. In Übergangszeiten, bei Krisen und Revolutionen, können sich die Anschauungen über Recht und Unrecht schnell wandeln. Die Gnade gleicht das Recht den neuen Verhältnissen an [2]. Nicht nur zweckmäßig, sondern auch gerecht ist, wenn jemand, der sich sehr verdient gemacht hat, begnadigt wird[3]. Ein Widerspruch zur Rechtsidee ergibt sich auch in diesen Fällen nicht.

---

nestie dient letztlich der staatlichen Integration, also der Politik (Klees, S. 40). Vielfach wird vertreten, daß in solchen Fällen noch echte Gnade sichtbar würde. Am Glück des Volkes solle der Verbrecher teilnehmen (v. Bar, S. 466; Grewe, S. 114; Nieders, S. 177; Geerds, S. 19 f). Nieders glaubt, in solchen GA noch die Gedanken der Liebe und Güte verwirklicht zu sehen (Nieders, S. 104). Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, S. 401, hält sie für eine Bewährung der Souveränität des Staates. Zu weit geht Ortloff, der eine Art Gewohnheitsrecht auf Begnadigung bei diesen Anläßen annimmt (Das Begnadigungsrecht im konstitutionellen Rechtsstaat, Goldtammer Archiv, 45. Jahrgang (1897), S. 247).

1) Klees (S. 36 weist dafür auf die gewandelten Anschauungen zu §§ 218, 175 St GB hin. Ähnlich ist es mit den aus wirtschaftlicher Not im Zusammenhang mit der Inflation und der Lebensmittelknappheit begangenen Delikten (Kahl, Die jüngste Amnestie, DJZ Jahrgang 30 (1925), Sp. 1281 f). Offensichtlich ebenfalls aus diesen Motiven wurde in Kanada der vierzehnjährige (!) Truscott von der Todesstrafe begnadigt (Schwäbisches Tagblatt, 5. 10. 1959, Nr. 229, S. 7) und vom deutschen Botschafter ein Gnadengesuch für den in England zum Tode verurteilten Günter Podola eingereicht (Stuttgarter Nachrichten, 5. 11. 59, Nr. 257, S. 11).

2) Nach dem 2. Weltkriege wurden in Amnestien vor allem, die unter dem Einfluß des Kriegs und der allgemeinen Verwirrung aller Rechtsvorstellungen begangenen Delikte begnadigt (Kern, Das Begnadigungsrecht des Bundes, JR 1949, S. 367; Klees, S. 37). Darauf stützt Achenbach den Gedanken einer Generalamnestie (Spiegel, 13. Jahrgang, Nr. 52, 23. 12. 59, S. 24) und darauf beruht auch die Begnadigung der "Kriegsverbrecher der Tschiang-Kaischek-Clique sowie der von Japan eingesetzten Mandschukuo-Regierung" in Rot-China (Stuttgarter Zeitung, 18. 9. 1959, Nr. 215, S. 4). Daß dabei auch gewöhnlich Kriminelle, die sich wirklich gebessert und gut geführt haben, begnadigt wurden, zeigt den durchaus rationalen Charakter der Aktion.

3) Oersted, Über die Grundregeln der Strafgesetzgebung, Bd. 1, S. 462; v. Bar, S. 459; Wenger, S. 32; Nieders, S. 96 f. Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts,

c) Gnade und Rechtssicherheit

Als drittes Erfordernis der Rechtsidee nennt RADBRUCH die Rechtssicherheit. Diese ist nicht nur in ihrem hintergründig philosophischen Sinn [1], sondern auch in der geläufigen positiven Bedeutung mit dem Gnadenwesen zu konfrontieren [2]. Die Unmöglichkeit einer Strafschärfung im Gnadenwege, ebenso wie die Tatsache daß das Urteil durch die Gnade nicht restlos aufgehoben wird, sondern nur ein Teil der Urteilswirkungen, wurden oft als Argumente gegen die Gerechtigkeitsfunktion der Gnade angeführt. Wenn Sinn der Gnade wäre, richtiges Recht herzustellen, dann müsse folgerichtig eine Strafschärfung für zu milde Urteile, andrerseits eine vollständige Restitution möglich sein [3]. Eine solche fortgesetzte Totalüberprüfung des richterlichen Strafausspruchs durch eine Art Superinstanz würde gröblich gegen die Rechtssicherheit verstoßen. Das Verhältnis von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit ist nicht ein für allemal gleich. Wenn im Strafrecht, wo es um höchstpersönliche Rechtsgüter geht, anders als im Zivilrecht noch nach dem rechtskräftigen Urteil eine gewisse Korrektur zugunsten der Gerechtigkeit erfolgen kann, so ist es nicht schlüssig dieser Korrektur ihre gerechtigkeitsbestimmte Funktion deshalb abzusprechen, weil die Erfordernisse der Rechtssicherheit dabei nicht ganz außer acht gelassen werden. Eine gnadenweise Strafschärfung [4] wäre zudem ein Verstoß gegen den Grundsatz " ne bis in

---

S. 50 ff, führt die Verurteilung des F. v. Lesseps an. Ein bekanntes Beispiel für eine Begnadigung wegen großer Verdienste um das Vaterland ist das Schicksal von Cecil Rhodes. "Wo der Gemeinschaft und dem Vaterland über Durchschnitt Blut und Opfer selbstlos dargebracht werden", ist nach Menschell, Das gesamte deutsche Gnadenrecht nebst verwandten Gebieten (3. Auflage), S. 300, Grund, Gnade zu erweisen. Der Gedanke kann nicht als typisch nationalsozialistisch abgetan werden.

1) Radbruch (Rechtsphilosophie, S. 168) braucht um den Wertrelativismus für die geltende Rechtsordnung zu überwinden eine positive Entscheidung für einen der drei möglichen Grundwerte (vgl. Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 28). Dies Erfordernis der Rechtssicherheit ist durch die absoluten Wertungen der Verfassung erfüllt. Das Gnadenrecht ist daher nicht weniger "positiv", als jede andere kompetenziell geregelte Staatstätigkeit auch.

2) Zur Rechtssicherheit in ihrer allgemeinen Bedeutung vgl. Dahm, Deutsches Recht, S. 11 ff; der BGH, Gutachten v. 6. 9. 1953, BGHZ Bd. 11, Anhang S. 34 ff (55 ff), nennt die Rechtssicherheit ein rechtsstaatliches Postulat. Bachof, Wehrpflichtsgesetz und Rechtschutz, S. 57, leitet sie aus der Gerechtigkeit, v. Mohl (S. 644) aus der Zweckmäßigkeit und das BVerwG (Urt. v. 26. 8. 1959, MDR 1960 S. 70) aus der Rechtsidee ab.

3) Grewe, S. 28 ff

4) Schon dem Wortsinn nach ein Widerspruch in sich (Stammler, Die Lehre vom

idem"[1]. Das Gnadeninstitut steht somit nicht im Widerspruch zum Prinzip der Rechtssicherheit [2].

Die drei Grundwerte der Rechtsidee stehen in einem notwendigen Spannungsverhältnis miteinander [3]. Soweit die Gerechtigkeit materiell gefaßt wird, steht nur sie in Spannung mit der Rechtssicherheit [4]. Die Gnade ist in besonderer Weise dazu berufen, die Spannungen und Mängel der Rechtsgütertrias gegenseitig ausgleichen [5]. Die weitreichende Möglichkeit der Gnadenbehörde ihre Akte den verschiedensten Motivationen entspringen zu lassen - eine Freiheit, welche im allgemeinen nur der Gesetzgeber selbst hat - kommt dieser Aufgabe sehr entgegen. Die Gewährung der Gnade steht deshalb nicht gegen das Recht, sondern ist "eine nicht wegzudenkende Ergänzung des Rechts" [6]. Ein Widerspruch zwischen GA und Rechtsidee ist nicht auszumachen. Grundlose, irrationale, rechtstranszendente Begnadigungen sind wenistens in der Gegenwart nicht mehr auffindbar [7]. In der Vergangenheit sind es

---

Richtigen Recht, S. 97 f), insoweit kann Grewe (S. 11) gefolgt werden. Immerhin haben sich in der Geschichte des Gnadenwesens verschiedentlich Stimmen erhoben, welche für eine gnadenweise Strafschärfung eingetreten sind (Jhering, Der Zweck im Recht, 1. Bd., S. 334 ff aus der Vorstellung eines obersten Gerechtigkeitshofes heraus; vgl. die Angaben bei Nieders, S. 128, Anm. 1a und Schuster, S. 6). Einen historischen Ansatzpunkt bildet das Richten nach Gnade.

1) Zu diesem Grundsatz vgl. BVerfG, Urt. 18. 12. 53, Bd. 3, S. 248 ff. V. Mohl beruft sich der Sache nach auf das Prinzip "nulla poena sine lege" (v. Mohl, S. 641 f).
2) Ein extremes Rechtssicherheitsdenken wird die Gnade allerdings nicht anerkennen können. Deshalb gab es im altisraelischen Staat keine Gnadenausübung.
3) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 168 ff
4) vgl. Mezger, Gnade und Recht, Gerechte Ordnung, S. 49; BVerfG Urt. v. 18. 12. 1953, Bd. 3, S. 248 ff (253 ff).
5) Radbruch, aaO., S. 276 ff; Klees, S. 27.
6) Wahl, Gnadenrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 11
7) In den einschlägigen Veröffentlichungen werden durchweg rationale Gründe aufgeführt, vgl. Plochmann, S. 55; Lissner, S. 7 f; Cüppers, Die Neuregelung des Gnadenwesens, eine vordringliche Aufgabe der Bundesregierung, NJW 1949, S. 926; Stammler, Die Lehre vom Richtigen Recht, S. 108; Riss, Recht und Gnade, DRiZ 1914, S. 805; Hupe, S. 111; Junker, Über Gnadenwesen, ZStrW 63 (1951), S. 433. Schon § 9 II 13 ALR verlangt ausdrücklich, daß die Gnade nur aus "erheblichen Gründen" erteilt wird. Eichmann-Möhrsdorf unterscheidet im kanonischen Recht zwischen reinem GA (dispensatio) und Lossprechung (absolutio), einerseits soll freies, andrerseits gebundenes Ermessen vorliegen (Lehrbuch des Kirchenrechts, III, § 299, S. 354 ff). Sachlich gemeint ist dabei eine ähnliche Unterscheidung, wie die zwischen cognitivem und volititivem Ermessen. Folgerichtig anerkannt diese im kanonischen Recht neuere Lehre einen Unterschied von gratia und justitia nicht mehr an. Grundsätzlich a. A. Coing, Grundzüge des Rechts, S. 149.

Kuriosa der Geschichte [1]. Auch wenn das Wesen der Gnade ursprünglich eine Konfliktsentscheidung auf ethischem Gebiet gewesen wäre, welche personhaft-irrationalen Charakter [2] gehabt habe, so sind die sittlichen Grundlagen nunmehr verrechtlicht [3]. Wie wirklichkeitsfremd es ist, die irrationale Gnade als "eigentliche" Gnade zur Grundlage einer Betrachtung des positiven Gnadeninstituts zu nehmen, zeigt schon die Flucht in die Dichtung, aus der die Beispiele "echter" Begnadigungen entnommen werden. Besonders werden Shakespeares "Maß für Maß" und "Der Kaufmann von Venedig", sowie v. Kleists "Prinz Friedrich von Homburg" herangezogen [4]. Die Dichtung ist bei einer juristischen Auswertung meist überfordert. Das zeigt sich schon daran, daß dasselbe Zitat aus dem Kaufmann von Venedig bei konträren Auffassungen in gleicher Weise Verwendung findet [5]. FRICKE, einer der bekanntesten Kleistforscher der Gegenwart, hält die Begnadigung des Prinzen von Homburg für den Personalakt der Vergebung, der mit dem Rechtsakt der Begnadigung nichts zu tun habe [6]. Die von GREWE vertretene "echte Gnade" ist gekoppelt mit dem Abbau der modernen strafrechtlichen Verantwortungslehre. Wie in primitiveren Zeiten der Rechtsentwicklung sollen biologisch-soziale Gegebenheiten und Anlagen des Täters nicht mehr bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, sondern eine Domäne der Gnade sein

---

Radbruch glaubt zwar bei Shakespeares "Maß für Maß" reine Gnadengesinnung aufgefunden zu haben, distanziert aber die heutige Gnadenpraxis davon: "Wir messen heute auch die Gnade auf der Waagschale des Rechts sorgsam nach Loten und Pfunden zu" (Gestalten und Gedanken, S. 47).

1) Stammler, aaO., S. 98. Geistesgeschichtlich und verfassungspolitisch sind die grundlosen Begnadigungen nicht nur zufällige Kuriosa, anders bei rein quantitativer Betrachtung.

2) Mezger, Gnade und Recht, Gerechte Ordnung, S. 61 ff

3) "In dem Maße in dem sittliche Grundsätze nicht nur zur Grundlage einer Einzelentscheidung gemacht, sondern gleichmäßig immer wieder herangezogen werden, verrechtlichen sie, ... bis sie schließlich zum bindenden Rechtssatz geworden sind" (Raiser, Christen u. Nichtchristen im Recht, Smend-Festschrift, S. 250). Die Transformation in den bindenden Rechtssatz erfolgt heute in besonderer Weise durch den Gleichheitssatz. Hier wird die allgemeine Tendenz vom Normalen zum Normativen sichtbar.

4) Nieders, S. 181; Grewe, S. 97

5) Bei Grewe und Nieders für die "reine Gnade", bei Riß und Klees für die Gerechtigkeitsgnade (vgl. etwa Grewe, S. 104, Riß, Recht und Gnade, DRiZ 1914, S. 814).

6) Gerhard Fricke, Kleists "Prinz von Homburg", Germanisch-Romanische Monatsschrift, Neue Folge Band II (1951/52). S. 189 ff.

7) "Nur die Wiederherstellung einer echten strafrechtlichen Verantwortlichkeit,

Oft wird der rationale Charakter der Gnade zugestanden, daneben aber auch noch Begnadigungen aus Liebe, Güte, Barmherzigkeit für möglich gehalten [1]. Die Ausführungen sind dabei nicht immer eindeutig. Die Liebe und Barmherzigkeit werden oft unvermittelt angeführt, gleichsam als sprachliche Ausschmückung ohne ernsthaften dogmatischen Hintergrund [2]. Die Gerechtigkeitsbezogenheit des GA wird grundsätzlich bejaht, daneben aber auch noch die außerrechtliche Gnade anerkannt. Die Vertreter dieser Auffassung müßten eigentlich eine Zäsur innerhalb der Gruppe der GA machen und die rechtsimmanenten GA durchgehend rechtlich anders würdigen als die rechtstranszendenten GA, was aber nicht geschieht.

---

die den Täter nicht als natürliches Individuum, als einen kausal-determinierten Komplex biologisch-sozialer Anlagen und Anpassungen beurteilt, sondern bewußt ausschließlich in seiner rechtlichen Personenstruktur erscheinen läßt" überlaße "auch der Gnadenordnung jene Sphäre ..., in der sich das Wesen der Gnade in seinem eigentlichen Sinne entfalten könne" (Grewe, S. 118). "Aus der Kausalwissenschaftlichen Erklärung der Tat einen Entschuldigungsgrund zu machen, ist eine im Grunde destruktive Tendenz der Auflösung des Strafrechts überhaupt. Wohl machen alle diese Umstände den Täter in besonderem Maße für die Gnade empfänglich" (Grewe, S. 114). Mit dieser "Empfänglichkeit" gibt Grewe die These von der grundlosen Gnade im Grunde selbst wieder auf. Dies übersieht Nieders, der im übrigen zutreffend die strafrechtliche Verantwortlichkeitsauffassung von Grewe kritisiert (Nieders, S. 182 ff).

1) So führt etwa Nieders (S. 186) seine Auffassung von der freischenkenden Gnade nicht folgerichtig durch, wenn er das Verhalten des Angeklagten nach der Verurteilung als triftigen Gnadengrund ansieht. Gemischt rational-irrationale Gnadenauffassungen finden sich auch bei Stähle, S. 82, und Mezger, aaO., S. 55 f.

2) Lissner, S. 8, motiviert seine Gnade untermittelt auf Verzeihung, nachdem die Gerechtigkeit und Staatsklugheit im Vordergrund gestanden hat. Typisch unscharf Polzin: "Die Entscheidung, ob der Verurteilte im Einzelfall eines Gnadenerweises würdig ist oder nicht, läßt sich in der Tat nicht aus Vorschriften oder Bestimmungen herleiten, sie kann nur mit gesundem Menschenverstand und offenem Herzen gefunden werden" (Das in Berlin geltende Gnadenrecht, JR 1952, S. 45). Karl Peters (Lehrbuch des Strafprozesses, S. 554) bezeichnet den GA als Akt der Barmherzigkeit und des Wohlwollens, um dann doch rationale Gründe anzuführen. Auch in der Gnadenpraxis sind die Gnadengründe zwiespältig. Nicht immer werden die eigentlichen Gründe der Gnade in den Vordergrund gestellt. Dazu ein historisches Beispiel. Die Stadt Feldkirch hat einen gefangenen und angeklagten Mörder im Jahre 1576, nachdem dieser sich mit den als Klägern aufgetretenen Freunden des Ermordeten verglichen hat, begnadigt und zwar: "in Anbetracht der hohen und ernstlichen Fürbitten und mit Rücksicht auf seine Hausfrau, die hochgesegneten Leibes sei und vier kleine Kinder bei sich habe, dann in Erwägung seiner langwierigen Haft und

Wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, sind die Gnadengründe rational und an der Rechtsidee orientiert. Eine Wesensverschiedenheit von Gnade und Recht ist somit nicht gegeben. Wie ist es aber, wenn ausnahmsweise doch noch irrationale GA vorkommen ? Welche Stellung nehmen sie in unserem Verfassungsgefüge ein ? [1]

II. Rechtsgesinnung und Gnadengesinnung

1. Die Philanthropie des hellenistischen Gottkönigs

Der irrationale Inhalt des GA, Ausfluß einer spezifischen Gnadengesinnung und konkretisiert in einer spontanen, höchstpersönlichen Entscheidung, wurde als denkbares Kriterium der hypothetischen Rechtsfremdheit ausgemacht. Ist eine solche inhaltliche Gestaltung des GA im modernen Rechtsstaat zulässig oder überhaupt begreifbar ? Steht der "echte" GA nicht nur dem positiven Rechtssatz beziehungslos gegenüber, sondern ist er auch ein Widerspruch in unserer politischen Gesamtverfassung ? Eine Beobachtung des Gnadeninstituts im geschichtlichen Wandel der Verfassungen könnte die gegenwärtige Rechtslage erhellen [2].
Gnade kann in zweifacher Weise verstanden werden. Einmal im objektiven Sinn, dann aber auch im subjektiven Sinne. Gnade subjektiv aufgefaßt bedeutet gnädige Gesinnung, d.h. eine persönliche Tugend [3]. Die Unterscheidung entspricht

---

seiner eigenen um Gottes, aller Heiligen und des jüngsten Gerichts wegen vorgebrachten Bitte, aus lauter milder Barmherzigkeit". In Wahrheit erfolgte die Begnadigung wegen seiner Geschicklichkeit im Stein- und Bruchschneiden (vgl. E. Loening, Geschichte des Strafrechts und Strafprozesses, ZStrW 5. Bd. (1885), S. 231. Rational schlüssige Gründe, geschmückt mit christlichen Sentenzen, sollen den eigentlichen Zweck des GA verbergen.

1) Geerds, S. 34, hält z.B. irrationale GA für verfassungswidrig. Schon Bayl, Beiträge zum Criminalrecht (1813), S. 128, 143, fordert, daß der Monarch aus vernünftigen Gründen begnadigen muß.

2) "Erwägungen über das Wesen der Gnade anzustellen, ist eine Grenzfrage des Strafrechts und des Staatsrechts und beschäftigt die Rechtsphilosophie. Zum Erfolge ihres Beginnens gehört die Kenntnis der geschichtlich gewordenen Ausprägung des Gnadenrechts" (Beyerle, Von der Gnade im Deutschen Recht, S. 4).

3) Subjektive und objektive Bedeutung des Begriffs sind aufeinander bezogen. Mit der Unterscheidung wird in der Literatur zum Gnadenrecht meist ein anderer Gegensatz bezeichnet. Gnade im subjektiven Sinne ist darnach die

der zwischen Recht im objektiven Sinn und Rechtsgesinnung bei RADBRUCH [1]. Die subjektive, personale Seite beansprucht, da sie die eigentliche Rechtsfremdheit der Gnade zu bilden geeignet ist, in der Entwicklung besonderer Hervorhebung. Auf die einzelnen Gnadengesinnungen ist daher besonders abzustellen [2]. Innerhalb einer vorwiegend dogmatischen Arbeit ist eine historische Besinnung nicht ohne Gefahr. Selbst GREWE in seinen durchaus tiefgründigen rechtsgeschichtlichen Ausführungen neigt zu einer pragmatischen Geschichtsbetrachtung [3]. Er versucht den "reinen Gnadenbegriff" in seiner geschichtlichen Entwicklung darzustellen und für die Gegenwart fruchtbar zu machen. Die kontigente Natur des GA sowie die Einmaligkeit der geschichtlichen Situation treten dabei mitunter zu sehr in den Hintergrund [4]. Ist es für das gegenwärtige Recht schon sehr bedenklich immer wieder von echter und eigentlicher Gnade zu sprechen, so muß eine Projektion dieser Begriffe auf die geschichtlichen Fakten erst recht Gefahr laufen, ihre Mannigfaltigkeit in entstellende Formen zu pressen. Trotz der gebotenen Kürze wird es deshalb unerläßlich sein, die Vorläufer des heutigen Gnadeninstituts aufzuzeigen, ohne eine Entwicklungslinie zur echten Gnade besonders auszuzeichnen.

In der griechischen Geschichte begegnet uns als Gnadengesinnung die persönliche Eigenschaft der Philanthropie. Den griechisch-hellenistischen Herrschern wird sie in mannigfaltiger Ausprägung zugeschrieben [5]. Schon unter Kyros II. gilt sie als

---

Gnadenkompetenz, aufgefaßt als Rechtsmacht des Gnadenträgers, Gnade im objektiven Sinn ist die Summe der Begnadigungsnormen (Loeb, S. 1 ff; Funcke, S. 3 f; Heiman, S. 29 f).

1) Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 23

2) Der eigentliche Entschluß der Begnadigung ist nach Mittermaier ein Ausfluß der innersten Gesinnung des Regenten und ein Akt des Gewissens, worüber keine juristische Rechenschaft möglich ist (Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. XIII (1832), S. 151).

3) Eine allgemeine Kritik der pragmatischen Geschichtsauffassung findet sich bei Bader, Aufgaben und Methoden des Rechtshistorikers. Der Historismus trieb besonders im Dritten Reich, dessen Einfluß sich auch Grewe nicht entziehen konnte, üppige Blüten (vgl. Bader, Ursache und Schuld in der geschichtlichen Wirklichkeit, S. 9).

4) Die kontigente Natur der Gnade werden von Hupe (S. 2) und Stähle (S. 1) besonders betont, grundsätzlich auch nicht von Grewe (S. 11) übersehen. Zutreffend hält es deswegen Hupe (S. 107) für gewagt, von einem "echten" Sinn der Gnade zu sprechen. Wenn in der weiteren Bearbeitung trotzdem von echter Gnade gesprochen wird, so geschieht das ohne wertenden Akzent und dient nur der Bezeichnung einer der möglichen, d.h. der irrationalen Gnadengesinnung.

5) Die ursprüngliche Bedeutung des Begriffs als Liebe außermenschlicher Wesen, der Götter und Tiere, interessiert hier nicht (vgl. Hupe, S. 8).

vornehmste Herrschertugend [1]. Bereits in der Wurzel wird der Zusammenhang zwischen Gnade und herrschaftlich verfaßtem, monokratischem Staatsgebilde deutlich [2]. Kern der altpersischen Verfassung ist ein ritterliches Gefolgschaftswesen, aber ohne monarchischen Despotismus und Herrschervergöttlichung. Die indogermanische Parallele zur kriegerischen germanischen Gefolgschaft ist offenkundig. Würde die Gnadengesinnung von der jeweiligen Verfassungsstruktur abhängen, so müßten im altpersischen und im germanischen Recht synonyme Gnadenauffassungen nachweisbar sein. Die Hulde des germanischen Rechts bezeichnet ebenso wie die altpersische Philanthropie eine Gesinnung der Milde und vertrauensvollen Herablassung. Die Bedeutung ist also viel allgemeiner wie die heutige Gnadentugend, welche sich nahezu ausschließlich auf den Erlaß von Strafe auswirkt. Das gesamte Verhältnis von Gefolgsherrn und Mannen ist von Philanthropie oder Hulde durchdrungen und bestimmt [3]. Die Gnade ist hier nicht Willkür, sondern ein Ordnungsbegriff, ein Pfeiler der politischen Verfassung, nicht eine Ausnahme oder ein Gegensatz zum Recht [4].
Eine spezifische, echte Gnadengesinnung tritt erst mit einer Vergöttlichung des weltlichen Herrschers auf. Aus sophistischer Philosophie, kynischen Tugendidealen, Ansätzen sokratischen und platonischen Denkens formt sich das Bild des hellenistischen Herrschers, das sich in den makedonischen Erobern verwirklicht. Alexander der Große, der nach dem Besuch des Orakels des Zeus-Ammon selbst

---

1) Kyros II., Der Große, seit 559 v. Chr. König der Perser. Xenophon beschreibt ihn in der Kyropädie und überträgt die Philanthropie aus dem mythischen Dunkel auf die weltlichen Gewalthaber (vgl. dazu und zum Folgenden Grewe, S. 4 ff).

2) Philanthropie bedeutet immer ein Attribut des Höher- gegenüber dem Niederstehenden (Hupe, S. 9); a. A. Riss, Recht und Gnade, DRiZ 1914, S. 804. Auch im älteren deutschen Sprachgebrauch hatte der Gnadenbegriff eine ähnliche Bedeutung. So bedeutet "die Sonne geht zu gnaden" soviel wie die Sonne geht unter = sie neigt sich herab (Heyne Moritz, Deutsches Wörterbuch, S. 494).

3) Die germanische Gefolgschaft bildet zusammen mit dem Gefolgsherrn eine enge Lebens- und Hausgemeinschaft. Der Dienstherr hat Anspruch auf Dienste und Zucht, den Gefolgsleuten gewährt die Gnade des Herrn Unterhalt samt Waffen, aber auch Geschenk und Rang. Bei Verstößen gegen den Hausherrn gerät der Gefolgsmann in die Ungnade des Hausherrn. Die ganzen Vorgänge spielen sich innerhalb des privaten Rechtskreises ab (Beyerle, Von der Gnade im Deutschen Recht, S. 5). Ähnlich besteht etwa die Philanthropie des Kyros in der Ausgabe von Speise und Getränken an seine Freunde.

4) Anklänge an das alte deutsche Gefolgschaftsverhältnis, im Dritten Reich wieder stärker betont (vgl. E. R. Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches S. 198), können in der wechselseitigen Treue- und Fürsorgepflicht des Ar-

dem mystischen Glauben an seine Gottessohnschaft huldigt [1], wird als Weltheiland erblickt. Im Raume despotisch-tyrannischer Willkür, die besonders in den Diadochenreichen auftritt, ist echte Gnade denkbar und auch nachweisbar [2]. Das gilt besonders für das Ptolemäerreich, wo der im Königskult gesteigerte Absolutismus am weitesten getrieben wurde. Abolitionen und Amnestien sind geläufige Begriffe. Obwohl schon damals politische und wirtschaftlich-soziale Zweckmäßigkeitsüberlegungen bei den Gnadenerweisen maßgebend waren [3], ist doch noch eine Überlagerung durch eine irrationale Gnadengesinnung erkennbar [4]. In einem Staatswesen, in welchem allerdings grundsätzlich die Akte der Hoheitsgewalt willkürlich, spontan und irrational erfolgen können, fällt echte Gnade nicht als etwas Exzeptionelles auf.

2. Die clementia Caesaris

In der römischen Entwicklung erscheint als Gnadengesinnung die clementia, wiederum eine spezifische Herrschertugend. Sie weist sich im Kern durch eine schonende Nachgiebigkeit des Höherstehenden gegenüber dem Tieferstehnden aus [5]. Bei Caesar hat die Tugend noch jenen unpersönlichen, stets Milde und Freundlichkeit beinhaltenden Charakter. Erst nach der Schlacht bei Corfinium wird sie zum spezifischen Herrscherattribut. Wiederum ist es die Vergöttlichung des Gnadenträgers, welche zugleich Tranzendierung und metaphysische Weihe des Staates mit sich bringt und so zu der spezifischen, irrationalen Gnadengesinnung führt. Der clementia Caesaris wird sogar ein Tempel errichtet. Läßt so die göttliche Herrschaftslegitimation des römischen Imperators theorethisch eine echte Gnadenge-

---

beitsrechts gesehen werden. Auch hier ist für außerrechtlich Vorstellungen kein Raum.

1) Wilcken, Griechische Geschichte, S. 255

2) In den Diadochenreichen hat sich der Absolutismus nicht überall in gleicher Weise durchgesetzt; die gemäßigte Ausprägung bei den Antigoniden erinnert an den aufgeklärten Absolutismus (Wilcken, aaO., S. 282).

3) Vgl. Grewe, S. 54; Hupe, S. 7. Wenn Leineweber, Das Gnadenwesen, S. 10, die "Verflachung des eigentlichen Philanthropiegedankens zum Instrument rein politischer Zweckmäßigkeit, die dann mit richtig verstandener Gnade nichts mehr zu tun hat", beklagt, dann ist die ursprüngliche Durchdringung der Gnade bereits an ihren Wurzeln mit Zweckmäßigkeitserwägungen verkannt.

4) Grewe (S. 56 f) ist der Auffassung, daß es völlig außerrechtliche Erwägungen waren, welche die Begnadigungen damals hervorbrachten; immerhin räumt er eine Überlagerung durch Zweckmäßigkeitsüberlegungen ein (Grewe, S. 54). Aus der Bezeichnung der Gnadenerlasse mit "Philanthropa" kann nicht geschlossen werden, daß sie ohne Nützlichkeitserwägungen betrieben wurden.

5) Der Herr kann zum Sklaven "justus et clemens" sein (dazu und zum Folgenden

sinnung als einer inneren Qualität des Herrschers für glaubhaft und zulässig erscheinen, so ist doch selbst für diese Zeit höchst zweifelhaft, ob nicht die vielen Gnadengewährungen Caesars im wesentlichen politischen Zweckmäßigkeitserwägungen entsprungen sind. Caesar selbst begründet seine clementia wie folgt: "Temptemus, hoc modo si possimus omnium voluntas recuperare et diuturna victoria uti, quoniam reliqui crudelitate odium effugere non potuerunt neque victoriam ditius tenere ... Haec nova sit ratio vincendi, ut misericordia et liberalitate nos muniamus" [1]. Wiederum verbrigt sich also im Mantel der Barmherzigkeit die nüchterne Zweckmäßigkeit. Die Idee der reinen clementia bildet nur einen schmalen ideologischen Überbau. Auch der Begriff der clementia im objektiven Sinne verkörpert nicht eindeutig ein echtes Gnadeninstitut. SENECA erfaßt die clementia rational: "Clementia liberum arbitrium habet: non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat" [2]. Ob SENECA wirklich die clementia mit der Billigkeit in dem heute geläufigen Sinne identifiziert hat, ist zweifelhaft, da aequitas zur Zeit SENECAS verschiedene Bedeutungen hatte. Die Gnadengesinnung ist also, auch soweit sie als echt angesehen werden muß, in Form der clementia keineswegs klar bestimmt [3]. Echte Gnadengesinnung in Form der clementia taucht jedenfalls wieder im Zusammenhang einer absoluten Staatsform mit Herrscherkult auf. Selbst damals war diese nicht so rein und zweckfrei, wie mitunter für die Gegenwart als richtig gefordert [4].

3. Das Gottesgnadentum

In der deutschen Rechtsentwicklung bildet sich ein öffentliches Gnadeninstitut

---

Hupe, S. 10 ff). Im staatspolitischen Bereich bedeutet clementia Schonung der Feinde.

1) M. Tulli Ciceronis, Epistularum ad Atticum, IX, VII, 1, Partis III, Vol. II (S. 268). Andrerseits ist Caesar nach Cicero "mitis clemensque natura" (Epistularum ad Familiares, Libri VI, VI, 8, S. 201).

2) De clementia, II, 7, 3 (S. 327). Der Gegensatz zur clementia ist nicht die iustitia, sondern die crudelitas. "Quid ergo opponitur clementiae? Crudelitas, quae nihil aliud est quam atrocitas animi in exigendis poenis (Seneca, aaO., Libri II, IV, 1 (S. 319)).

3) Andere Textstellen weisen deutlich auf einen rationalen Anknüpfungspunkt der Gnade hin: "et nemo potest commeatum (Unterbrechung mit Strafurlaub) remeatumve dare exuli, nisi imperator, ex alique causa" (Marcian, D, 48, 19, 4). Freudige öffentliche Ereignisse können auch Grund einer Begnadigung sein (Papinian, D, 48, 16, 8; Macer, D, 48, 16, 9).

4) Zur Entwicklung der Gnade im objektiven Sinn und der technischen Ausprägung im römischen Recht vgl. Plochmann, S. 9 ff; Hupe, S. 32 ff; v. Bar, S. 460.

it der Verfestigung der absoluten fränkischen Königsherrschaft [1]. Der dem ger-anischen Gefolgseid entsprechende Huldigungseid verpflichtet die Untertanen zu reue gegenüber dem König. Wer die gelobten Rechtspflichten bricht, fällt in önigliche Ungnade [2]. Die herrscherliche Hulde kann zu einer Strafmilderung ihren. Verlieren und Wiedergewinnen von Hulde sind oft bloße Formeln, hinter enen sich jeweils die Zahlung von Lösungssummen verbirgt [3]. Eine eigentliche nadengesinnung prägt sich erst unter dem Einfluß der christlichen Lehre heraus, hne die das gesamte mittelalterliche Verfassungsrecht nicht zu begreifen ist.

Während im Alten Testament noch die Gerechtigkeit vorherrschend war, domi-iert im Neuen Testament die Gnade [4]. Die antiken Gnadenideen haben diesen hristlichen Zentralbegriff nur wenig beeinflußt [5]. Wer hier nun das Idealbild einer Gnadengesinnung in Gott verwirklicht zu sehen glaubt, wird indes ent-äuscht. Das Wesen der göttlichen Gnade ist innerhalb der Theologien und Kon-essionen äußerst umstritten. Auf sittlicher Ebene treten ähnliche Probleme auf ie beim juristischen Gnadeninstitut. Das mag an den entgegengesetzten, extre-nen Auffassungen der Prädestinationslehre und der pelagianischen Lehre veran-chaulicht werden. Nach Pelagius ist es dem Menschen infolge seiner Willensfrei-eit gegeben, sich durch sittliches Streben das Heil zu verdienen [6]. Dem steht

---

) Im skandinavischen Recht kommt das Begnadigungsrecht ebenfalls mit der Entwicklung der Herrschergewalt auf (v.Amira, Die germanischen Todestrafen, S. 43). Ein eigentlich privates Gnadenrecht hält sich noch bis ins hohe Mittelalter hinein bei Vergehen gegen Leib und Leben des einzelnen, solange der Gedanke der privaten Strafe noch lebendig ist (Beyerle, Von der Gnade im Deutschen Recht, S. 14 f).

) Das bedeutet eine abgeschwächte Friedloslegung des Rechtsbrechers (Grewe, S. 87). Dabei wirkt die Vorstellung mit, daß der König durch die Verletzung der von ihm selbst sanktionierten Gebote und Verbote sich selbst persönlich als verletzt betrachtet (v. Bar, S. 462). Diese Auffassung wirkt noch in die Gegenwart herein. In England hat der König als "Fountain of Justice", das Gnadenrecht über Vergehen, "because they are done against the peace of the Crown" (A. B. Keith, The King and the Imperial Crown, 1936, S. 332, zit. nach Scheuner, Der Bereich der Regierung, Smend-Festgabe, S. 287, Anm. 92). Nicht nur die königliche Hulde, auch die Hulde von Herren, Fürsten und Städtischen Obrigkeiten kann verloren werden (His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters (1920), S. 350 f).

) Osenbrüggen, Das Alemanische Strafrecht im deutschen Mittelalter, S. 116.

) Näheres bei Grewe, S. 68 ff; Hupe, S. 41 ff; Nieders, S. 146 ff.

) "Da aber erschien die Freundlichkeit und Leutseligkeit (gleichzusetzen mit Philanthropie) Gottes, unseres Heilandes" (Paulus, Brief an Titus, 3, 4).

) Christus selbst kann nur den Weg zum Heil erleichtern. Diese Lehre wurde 418 durch das Konzil von Karthago und 431 durch das Konzil von Ephesus verurteilt

die von Augustin maßgebend geprägte Lehre von der Prädestination gegenüber: Menschliche Entschlüsse und Werke und aller Glaube sind Gottes Gnadenwirkungen; "Gnade ist allein wirkend und von menschlichen Verdiensten ganz unabhängig" [1]. Wer also wie NIEDERS (S. 161) die Begnadigung theologisch fundiert müßte näher erklären, auf welchen theologischen Gnadenbegriff und aus welchem Grund er sich bezieht [2].

Auf religiösem Gebiet kehrt das gleiche Phänomen wieder, wie beim rechtlichen GA. Je höher der Gnadenträger über dem Gnadenempfänger steht, umso eher ist die Situation reiner Gnade gegeben. Augustin, der zunächst noch die menschliche Willensfreiheit anerkennt, wird später von der Größe der Erbsünde überwältigt und kommt so zu seinem reinen, absoluten Gnadenbegriff [3]. Was auf ehtischem Gebiet die Willensfreiheit ist, das ist auf rechtlichem Gebiet die Freiheit, wie sie etwa Art. 2 I GG garantiert. Hinter dem Verhältnis von Recht und Gnade verbirgt sich somit das Verhältnis von Freiheit und Gnade als eigentliche Antithetik [4].

(vgl. W. Pannenberg, Art. Gnade im Ev. Kirchenlexikon, 1956, S. 1608). Aber der Gedanke, daß die göttliche Gnade in bestimmter Weise erdient werden muß, taucht in allen Schattierungen weiterhin auf.

1) Jacobs, Art. Prädestination, Ev. Kirchenlexikon, 1959, S. 274. Die Reformatoren, besonders Calvin, vertreten die Prädestinationslehre. Ihnen tritt das Tridentinische Konzil gegenüber, auf dem die Lehre der katholischen Kirche auf heute noch im wesentlichen fußt. "Die guten Werke werden als Frucht der gratia infusa verstanden, aber als solche auch gefordert" (Schmidt, Art. Tridentium, Ev. Kirchenlexikon, 1959, S. 1459). Hier wird also der Verdienstgedanke stärker in den Vordergrund gerückt. Liest man die vorsichtig abgewogenen Formulierungen des Konzils zur Gnade (vgl. Läpple, Kirchengeschichte in Dokumenten, S. 245 f), so zeigt sich wie schwierig es ist, die theologische Wendungen auf ein mathematisch genaues Verhältnis von Verdienst und freischenkender Gnade hin zu präzisieren und festzulegen.

2) Gerade die Vertreter der reinen Gnade im theologischen Bereich, auf die Nieders sich offenbar stützt, dürften von der Übertragung ihrer göttlichen Gnadenvorstellung auf Einrichtungen der sündigen Welt wenig erbaut sein.

3) Hans Meyer, Geschichte der abendländischen Weltanschauung, II. Band, S. 105

4) Daher ist es auch nicht paradox, sondern zeugt von tieferer Einsicht in das Wesen der Begnadigung, wenn mitunter der grundlose Erlaß der Strafe als mit der Freiheit und Würde des Verbrechers nicht vereinbar angesehen wurde (vgl. Göschel, Zerstreute Blätter aus den Hand- und Hilfsakten eines Juristen, S. 479; Wever, S. 106; Kohl, S. 56; anders Nieders, S. 185). Vgl. auch

Im christlichen Staat soll der Herrscher eine kirchlich-sittliche Eignung haben [1]. Die sakramentale Herrscherweihe wandelt den Gesalbten um und läßt ihn der siebenfachen Gaben des Heiligen Geistes teilhaftig werden. In der theistischen Weltordnung ist der Herrscher übernatürlich sanktioniert und daher von seinen Untertanen unabhängig. Im Gegensatz zu den hellenistischen und römischen Alleinherrschern ist er nicht mehr selbst Gott, sondern nur Beauftragter Gottes. Dieser theokratische Amtsgedanke determiniert auch die Gnadengesinnung [2], welche in der autoritären Regierungsstruktur wieder anzutreffen ist. Gleichwie Gott soll der menschliche Potentat Gnade üben [3]. Der Amtsgedanke bindet die Gnadenausübung nicht an einen Gottkönig. Die staatsrechtliche Zersplitterung kann daher auch zu einer Streuung der Gnadenkompetenzen führen; der Delegationsgedanke wird im Gnadenrecht heimisch, ist doch die Gnadenausübung durch den Kaiser selbst Delegation Gottes [4].

Eine pragmatische, mit der voreingenommenen Wertung der "echten Gnade" be-

---

Hegel: "Die Verletzung, die dem Verbrecher widerfährt, ist nicht an sich gerecht, als gerecht ist sie zugleich sein an sich seiender Wille, ein Dasein seiner Freiheit zum Recht" (Rechtsphilosophie, § 100, S. 89).

1) F. Kern, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter, S. 62 ff, 78, 306 Anm. IV. Die Prüfung des Vorliegens solcher Eigenschaften möchte die geistliche Gewalt durchführen. Das entspricht dem theokratischen Ideal der Unterordnung des Staates unter die Kirche. Seit Karl dem Großen taucht die Formel "gratia Dei" als Attribut des Herrschertitels auf, als Symbol des selbständigen, vom Volke unabhängigen, Rechtsmandats.

2) "In diesem theokratischen Ideenkreise verschmilzt die Gnade Gottes mit der Gnade des Königs, ist Treue gegen den König zugleich Treue gegen Gott" (Beyerle, aaO., S. 8; Hupe, S. 46 f); vgl. Hans Meyer, aaO., S. 42.

3) Vgl. insbes. F. Kern aaO. Karl der Große liest Augustins Gottesstaat und formt sich daraus das Ideal des christlichen Weltherrschers (Hans Meyer, aaO., S. 42). Als Gegenbeispiel, für die Auffassung einer späteren Epoche, sei v. Mohl, S. 652, angeführt: "Eine andere noch verkehrtere Wendung ist es, wenn man den Regenten das Recht und die Pflicht zuschreibt, die göttliche Barnherzigkeit zu verwirklichen. Abgesehen davon, daß eine solche Stellvertretung Gottes eine sündhafte Anmaßung ist ...".

4) Bischöfe, Äbte, Domherren, Herzöge, Markgrafen, Städte und Grundherren üben das Gnadenrecht aus (Beyerle, aaO., S. 9 ff; Beispiele bei Hupe, S. 58). Besonders wird mittelbar durch die Fürbitten hochgestellter Persönlichkeiten Gnade geübt (Beyerle, aaO., S. 17; Hupe, S. 58 ff). 1403 bittet Graf Friedrich v. Toggenburg bei der Stadt Feldkirch für einen Totschläger: "da bitten wir euch, das ir uns dieselben freveni und buss ergebent und uns die schenk hent

lastete Betrachtungsweise [1] hat gewisse magisch-sakrale Einzigartigkeiten aus dem Gnadenrecht und seiner Entwicklung ausnehmen wollen. Gerade hier kommt aber die Vielfalt des Wesens der Gnade zum Ausdruck, die Prämierungen wie "echt" und "unecht" ausschließt [2]. Das englische Wort "king's face makes grace" bringt die heilige, entsühnende Wirkung des Geweihten zum Ausdruck, nicht als Gesinnung, sondern als mystisch-heilende Kraft [3]. Hier ist die Gnade wohl am "reinsten" ausgeprägt, da sie wirklich von allem Zweck und Grund unabhängig tätig ist.

Von der Kirche ging der Ruf nach Milderung der grausam harten, absolut bestimmten Strafandrohungen des Mittelalters aus. Die Gerichte trugen dem durch das "Richten nach Gnade" Rechnung [4]. Gnadengründe sind solche, die fast durchweg heute gesetzliche Strafmilderungsgründe sind oder bei der Strafzumessung berücksichtigt werden müssen [5]. Auch Zweckmäßigkeitsgründe sind von einer gewissen Bedeutung. Die allgemeine Verrechtlichungstendenz der Gnade ist hier besonders deutlich.

Unter dem Einfluß der Rezeption mit ihrem ungeteilten kaiserlichen Begnadi-

---

(d.h. uns zuliebe darauf verzichtet) und im hinnenthin euweren frid und gelait gebent von derselben sach wegen, als ob dr den thodschlag nie getan habe, doch mit der beschaidenheit, das er sich mit den freunden verainbar und richti" (vgl. R. Loening, Geschichte des Strafrechts und Strafprozeßes, ZStrW, 5. Bd. (1885), S. 229.

1) Besonders Grewe, S. 14, 95; auch Hupe, S. 62

2) Das Mißlingen der Hinrichtung - etwa Reißen des Stricks - ist nach uralter Volksmeinung Begnadigungsgrund (Beyerle, aaO., S. 16). In die Gnade und Ungnade Gottes war der gegeben, an dem eine jener altertümlichen Zufallsstrafen wie Aussetzen im lecken Schiff vollzogen wurde (Beyerle, aaO., S. 5). Zum Begriff der Zufallsstrafe v. Amira, Die germanischen Todesstrafen, S. 222.

3) Beispiele: Gnadengrund ist das Berühren des Wagens oder des Steigbügels des Landesherrn durch einen Verbannten (Osenbrüggen, Alamanisches Strafrecht, S. 190 ff), die Flucht unter den Mantel der Königin in Frankreich (Beyerle, aaO., S. 18), die Begegnung mit einer Vestalin (Lissner, S. 24), die Ehe mit einer Jungfrau (Lissner, S. 24; Hupe, S. 63). In der Literatur werden für diese Gnadengründe die verschiedensten Erklärungen abgegeben. Den Beispielen gemeinsam ist, daß die Gnade gleichsam "dinglich", ohne Anknüpfung an spezifische Gnadengesinnung wirkt.

4) Osenbrüggen, aaO., S. 179 ff

5) Daneben sind noch Gründe der Barmherzigkeit und der Milde bestimmend, wobei auf die Allbarmherzigkeit Gottes verwiesen wird (Osenbrüggen, aaO., S. 181; Beyerle, aaO., S. 10; Hupe, S. 54 ff). Das Richten nach Gnade führt

gunsrecht kehrt die gesamte Gnadengewalt im 16. Jahrhundert in die Hand des Landesherrn zurück [1]. Eine Delegation bleibt deshalb aber von Anfang an nicht ausgeschlossen (§ 9 II 13 ALR). Die Säkularisierung des staatlichen Lebens und der Niedergang des Absolutismus entziehen der echten Gnadengesinnung ihre innere Legitimation. Die theokratische, staatsbestimmende Idee wird vom Naturrecht immer mehr aufgeweicht. GROTIUS, CARPZOW und PUFENDORF bejahen noch einen gemäßigten Absolutismus, beginnen aber das Gnadenrecht zu rationalisieren. Über den Begriff der Dispensation wird die Gnadenausübung gerechtfertigt [2]. Der Gnadenerweis kann aber nur auf Grund einer iusta causa aggratiandi erfolgen, was praktisch eine Überführung der Gnade in den Bereich der Billigkeit und Zweckmäßigkeit bedeutet hat [3]. Selbst bei HEGEL, der die Lehre von der Volkssouveränität ablehnt und die Würde des Monarchen für das "schlechthin aus sich Anfangende" hält [4], dient die Gnade nur der bei seiner strengen Zurechnungslehre notwendigen Einzelfallgerechtigkeit [5]. Auch die bewußt konservativ-christliche Staatsauffassung von F.J. STAHL findet nicht zu

---

zu starken Mißbräuchen, da die Richter nur allzugern zu Geldstrafen begnadigten, welche in ihre Taschen floßen. Dagegen gehen verschiedene Gesetze an. Art. 272 der Bambergensis verbietet den Richtern "Kein geltbuss in peynlichen Sachen on unseren willen und wissen zu nehmen" (zit. nach Kohler, Die Carolina, II, S. 114).

1) Das dürfte nicht zuletzt auf den Einfluß der humanistisch geschulten Juristen zurückzuführen sein.

2) Hupe, S. 73 ff. Pufendorf setzt die dispensatio von der aequitas ab, allerdings aus nicht wesentlichen, formalen Gründen: "Adeoque dispensatio ex mera legislatoris gratia, aequitas autem ex officio judicis dependet" (De Jure Naturae Et Gentium, Libri I, Caput VI, § 17).

3) Hugonius Grotii, De Iure Belli Ac Pacis, Libri II, Caput XX, §§ XXV, XXVI. Carpzow faßt den Sinn der Gnade zweckmäßig: "Neque enim Princeps illustriorem gloriam referre potest, quam ex clementia" (Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium, 1635, Pars III, Quaestio 150, Summaria 9).

4) Hegel, Rechtsphilosophie, § 282

5) Oft wird aber auch die Auffassung vertreten, bei Hegel sei noch einmal echte Gnade verwirklicht (Grewe, S. 104; Wever, S. 105 ff; Kohl, S. 13). Gegen diese Lehre zutreffend Hupe, S. 96 ff. "Aus der Souveränität des Monarchen fließt das Begnadigungsrecht der Verbrecher, denn ihr nur kommt die Verwirklichung der Macht des Geistes zu, das Geschehen ungeschehen zu machen und im Vergeben und Vergessen das Verbrechen zu vernichten" (Hegel, aaO., § 282). Die Gnade des Monarchen ist aber nicht mehr das Spiegelbild der göttlichen Gnade. Denn "Gott ist die allgemeine Idee und in diesem Gefühl das Unbestimm-

der echten Gnade zurück [1].

4. "Die Großmut des Führers"[2]

Die echte Gnadengesinnung ist bisher immer in Staatsgebilden aufgefunden worden, bie denen Herrscher oder Herrscheramt mit einem besonderen Charisma begabt waren. Das Charisma ist die außeralltägliche Qualität einer Persönlichkeit, die als gottgesegnet, als Vorbild, als "Führer", als "man of destiny" gewertet wird [3]. Eine derartige charismatische Begabung nimmt der Führer des völkischen Staates für sich in Anspruch. Der Führer konkretisiert die "Wesensgesetze" der völkischen Gemeinschaft. Führung ist "persönliches Handeln aus der überpersönlichen Substanz" [4]. Im Führer sind potentiell Exekutive, Legislative und Justiz vereinigt. Im Begriff des Amts, das der Führer begleitet, liegt "der Gedanke einer gebundenen Verantwortlichkeit des Amtsinhabers vor dem Volk, der Geschichte und der ewigen Vorsehung" [5]. Der politisch-charismatische Charakter des Führerstaates zusammen mit der an Vergottung grenzenden

---

te, das nicht dahin gereift ist, das zu bestimmen, was im Staat als entwikkelt da ist" (Hegel, zit. nach Hupe, S. 105).

1) Nach Stahl herrscht im christlichen Staat neben der Gerechtigkeit die Güte und Liebe. Die Barmherzigkeit soll aber nicht willkürlich und grundlos geübt werden, sondern sie findet ihre Begründung in der "tiefer liegenden sittlichen Empfänglichkeit des Verbrechers, durch die er seiner Persönlichkeit nach einen Anziehungspunkt für die Liebe und Güte bietet" (Stahl, Philosophie des Rechts, Bd. 2, § 187, S. 706 ff). In der "Empfänglichkeit" kommt der rationale Anknüpfungspunkt der Gnade zum Ausdruck.

2) Die jüngste Vergangenheit kann nicht ausgeklammert werden, zumal sie noch unbewältigt ist und die Idee des völkischen Führerstaates und des Faschismus eine viel breitere ideologische Basis hat als das vergangene Hitlerreich. Die "Würdigung" des Führers in diesem Zusammenhang mag allerdings nicht weniger paradox erscheinen wie die Tatsache, daß Seneca seine Schrift "De Clementia" "Ad Neronem Caesarem" geschrieben hat.

3) Kägi, S. 142, im Anschluß an Max Weber. Das Wort charisma bedeutet im theologischen Bereich die Ausstattung von Menschen durch den Hl. Geist mit aufbauenden heilsamen Wirkungen (R. Stählin, Art. "Charisma", Ev. Kirchenlexikon, 1956, S. 678 f).

4) Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, S. 164

5) E. R. Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, S. 197 f; vgl. Kägi,

Verherrlichung der Führerperson [1] schaffen jenen despotischen Absolutismus, der für die Ausbildung der reinen Gnade besonders günstig ist. Von GREWE hätte man in dieser Hinsicht einen eindeutigen Schluß erwarten können. Indes weicht er, seine eigene geisteswissenschaftliche Methode bei Betrachtung der gegenwärtigen Lage verlassend, in den rechtstechnischen Begriff der Dispensation aus [2]. Sein reiner Gnadenbegriff findet jedoch bald, in folgerichtiger Anwendung seiner geisteswissenschaftlichen Gedankengänge auf das Hitlerreich, Anerkennung: "Die geistige Revolution des Nationalsozialismus hat auf allen Lebensgebieten, die die Vergangenheit entwertet, entstellt oder abgenutzt hat, deren ursprünglichen, wesenseigenen Sinn wiederverliehen. "So hat auch der Begriff der Gnade seinen wahren, inneren Wert wiedererlangt. Die Gnadengesuche zeigen das unbedingte Vertrauen zur Großmut des Führers [3].

5. Die Menschlichkeit im Rechtsstaat

Der moderne Rechtsstaat beruht auf der Volkssouveränität. ALTHUSIUS als einer ihrer ersten Vertreter macht das Recht Gnade zu erweisen von rationalen An-

---

S. 143. Das völkische Reich beruht auf dem Führerentscheid, nicht auf dem volonté générale (E.R. Huber, aaO., S. 210).

1) "Es grenzt an Vergottung, wenn man den Führer sogar als Hüter der Weltanschauung hinstellt" (Helfritz, Allgemeine Staatslehre, S. 267). In staatsrechtlicher Hinsicht hat die Diktatur im Reichstagsbeschluß vom 26. IV. 1942 (RG Bl. I, S. 247) ihren Höhepunkt erreicht.

2) Grewe, S. 120 ff. Die nationalsozialistische Durchdringung zeigt sich bei Grewe besonders S. 22, 31, 38, 118. Auch Lissner argumentiert aus dem "Geist des autoritärem Staates" (S. 46), um dann doch der Verzichtstheorie zu folgen, was Grewe sicherlich für überholt liberal halten würde.

3) Berkenkamp im Geleitwort zu Menschell, Das gesamte deutsche Gnadenrecht, S. 5 ff. Grau-Schäfer, Das deutsche Gnadenrecht, S. 13, bezieht sich auf Grewe und führt dann weiter aus: "Für uns hat das Gnadenrecht wieder diesen tiefsten und schönsten Sinn erhalten, der ihm im Zwischenreich mehr oder weniger verlorengegangen war und einer rein verstandesmäßigen Auslegung und Zergliederung dieses menschlichsten Rechtes der Staatsführung Platz gemacht hatte". In der Gnadenpraxis des Dritten Reichs sind aber trotzdem nur Billigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen anzutreffen (vgl. die bei Menschell, aaO., S. 297 ff angegebenen Gnadengründe). Wie so oft bildet auch hier die reine Gnade nur eine schmale ideologische Basis, die sich vor allem in den politischen Willkürbegnadigungen ausgewirkt hat. Mit dem Führerstaat ging eine allgemeine Strömung des Irrationalismus einher (Helfritz, aaO., S. 77). Bei nur eigenverantwortlichem Handeln ist eine irrationale Motivierung der

knüpfungspunkten abhängig [1]. Im 20. Jahrhundert hat sich die Einordnung der Gnade in die Rechtsidee fast völlig durchgesetzt [2], bis dann im Dritten Reich und in der Nachkriegszeit eine gewisse Renaissance zu verzeichnen ist, die letztlich auch vorliegende Auseinandersetzung veranlaßte.
Die Volkssouveränität ist schwerlich mit einer Transzendierung der staatlichen Ordnung, aus der echte Gnadengesinnung erwachsen kann, in Einklang zu bringen. Nach Art. 20 II 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Dieser Grundsatz der Volkssouveränität ist aber scheinbar durch die Präambel des GG eingeschränkt [3]. Die Autonomie des Verfassungsgesetzgebers hat für die Zukunft durch die Verantwortung vor Gott [4], wie auch durch die Unabänderlichkeit gewisser Grundrechte [5], welche selbst wieder weitgehend säkularisiertes christliches Ge-

---

Staatsakte nicht systemwidrig. Diese Hintergründe übersieht Förster, wenn er die autoritären Züge des Gnadenrechts des Dritten Reichs lediglich in der Verfahrensausgestaltung und der Zulässigkeit der Einzelabolition sieht (JR 1950, S. 610).

1) Dicaelogicae, Libri II, cap. 23, 26: "In delictis, in quibus jure naturali poena est sancita, sine justa causa, princeps poenam condonare non potest".
2) Jhering sieht in der Begnadigung ein Sicherheitsventil des Rechts (Der Zweck im Recht, I, S. 333). "Begnadigung darf also gerade nicht erfolgen aus Gründen des Mitleids oder der Liebe oder um irgendwelcher empirischer Zwecke willen, sondern nur zur Herstellung des richtig verstandenen Rechts, zur Erhärtung der Rechtsidee..." (Binder, Philosophie des Rechts, S. 681), zur Verwirklichung des "richtigen Rechts" (Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, S. 130).
3) Die Präambel ist mehr als ein pathetischer Vorspruch. Sie führt die konstitutiven Faktoren auf, die wirksam geworden sind und enthält rechtlich erhebliche Feststellungen, Bewertungen, Rechtsverwahrungen und Ansprüche (v. Mangoldt-Klein, Präambel, III, S. 42).
4) Die Präambeln der Länderverfassungen enthalten meist ähnliche Formulierungen. Der Abgeordnete Prof. Schmid betonte im Parlamentarischen Rat, daß die Behauptung, wonach alle Obrigkeit von Gott ausgehe, mit dem Satz von der Volkssouveränität nicht widerlegt werden solle (siehe JöR, Bd. 1 (1951), S. 198).
5) Vgl. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? S. 17 f, 42. Die rechtstechnischen Sicherungen der Unabdingbarkeit und Unabänderlichkeit gewisser Wertungen (vgl. bes. Art. 19 II, 79 III GG) werden noch überhöht durch die herrschende Vorstellung der Überpositivität ihrer Inhalte (vgl. z. B. BVerfG. Urt. v. 23. X. 1959, BVerfGE, Bd. 1, S. 14 ff). So ist etwa Krauss der Auffassung, daß sich das GG zu einem humanitären Naturrecht bekennt (Naturrecht und Verteidigungsbeitrag, DÖV 1953, S. 599; die Theorie und die Rechtspraxis

dankengut enthalten [1], eine Einschränkung erhalten. Sollte damit doch noch eine metaphysische Weihe des Staates impliziert sein? Kommt hier zum Ausdruck, daß der zentrale Gedanke des GG "seine fundamentale Wurzel letzten Endes auch im Metaphysischen findet" ? [2] Gibt der Staat des GG einem Amts- oder Personencharisma Raum [3], vergleichbar mit den in mittelalterlichen Staatswesen ? Ist nach unserer Staatsidee der weltliche Staat ein Abbild der göttlichen Herrschaft ? Stellt die "Menschlichkeit" des Präsidenten die eigentlich irrationale Gnadengesinnung dar [4] ? Die Fragen können nur verneinend beantwortet werden. Weder das Amt des Präsidenten, geschweige denn die unteren Gnadeninstanzen, noch der moderne Verfassungsstaat überhaupt können für sich in Anspruch nehmen, aus einer rechtstranszendenten Vollmacht heraus zu handeln. Im Grunde ist der demokratische Staat seinem Wesen nach dem Relativismus verpflichtet [5]. Christliches Gedankengut durchdringt den Staat nur mehr in Form der Humanität [6], die sich aber schon in der Wurzel von der philanthropen Gnadengesinnung unterscheidet [7].

---

vertreten ganz überwiegend den Naturrechtsgedanken).

1) Zum Beitrag der christlichen Lehre zu Art. 1 und 3 GG vgl. Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, S. 429, zu Art. 6 GG BVerwG, Urt. v. 27. 11. 59, MDR 1960, S. 249. Die Übernahme metaphysischer Wertungen in das GG hebt Bachof hervor (Verfassungswidrige Verfassungsnormen? S. 27; Grundgesetz und Richtermacht, S. 18). Nach Geiger soll alles Recht auf metaphysischer Wurzel beruhen (Grundrechte und Rechtsprechung, S. 65).

2) In diesem Sinn faßt Süsterhenn in der 6. Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rates v. 20. 10. 48 (abgedruckt: JöR Bd. 1, S. 29) die invocatio dei auf.

3) Eine klare philosophische Anthropologie geht aus dem GG nicht hervor (Rumpf, Der ideologische Gehalt des Bonner GG, S. 31). Ist aber an sich schon fraglich, ob das GG den Menschen als Ebenbild Gottes mit unsterblicher Seele sieht, so ist erst recht zweifelhaft, daß es dem Staatsoberhaupt in die Transzendenz weisende Eigenschaften beimißt.

4) Bundestagspräsident Gerstenmaier sieht in einer Ordensstiftung - einer den Gnadengewährungen verwandter Tätigkeit - durch den Bundespräsidenten ein Zeichen für "die Durchdringung der staatlichen Institutionen mit befreiender, gewissenhafter Menschlichkeit" (Verabschiedung von Bundespräsident Theodor Heuß, Deutscher Bundestag, 80. Sitzung, 15. Sept. 1959, Bundestagsprotokolle, S. 4372).

5) Der Relativismus ist die Weltanschauung, die der demokratische Gedanke voraussetzt (Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 101).

6) Z. B. in den Menschenrechten, bei den Strafzumessungsgründen (Becher, Der Erziehungsgedanke in der GnO von Nordrhein-Westfalen, NJW 1952, S. 92; Nieders. S. 142 ff).

7) Die humanitas geht vom Gefühl eigener Menschenwürde aus, die Philanthro-

Die Menschlichkeit hat in Art. 1 GG einen klaren, positiven Niederschlag gefunden [1]; sie hat alle Staatstätigkeit zu durchdringen, ohne Reservat einer spezifischen Gnadengesinnung zu sein.
Überblickt man den Wandel der politischen Verfassungen und die ihr jeweils zugeordneten Gnadengesinnungen, so zeigt sich, daß reine Gnadenausübung im System des modernen Rechtsstaates ein Fremdkörper ist: der Gnadenträger wird gleichsam für einen Teil seiner Tätigkeit in eine autoritäre Verfassungswelt gestellt; die einst umfassende Souveränität der Regierungsspitze ist für einen Rest anerkannt. So bricht an verhältnismäßig untergeordneter Stelle die Idee persönlicher Regierung durch, welche unabhängig von abstrakter Norm und anonymem Gemeinwillen irrational die Entscheidung trifft. An Stelle der Kontrolle, welche sich allenthalben in der neueren Verfassungsentwicklung gegenüber Staatshandlungen durchgesetzt hat, bleibt es hier beim Vertrauen in die Sendung des Erwählten. Damit ist aber ein Einbruch in das System des demokratischen Verfassungsstaates gegeben, der zum Konflikt mit der Grundstruktur des GG führen muß. Das irrationale, personal-dezionistische Element des GA, eigentlicher Garant seiner Rechtsfremdheit, ist so in hohem Maße verdächtig, ein verfassungswidriges Kriterium zu sein [2]. Bei der Betrachtung der GA hat sich ergeben, daß diese rational motiviert und an der Rechtsidee ausgerichtet sind. Das ist praktisch schon deshalb nicht anders denkbar, weil Gnadenerweise nicht selten durch Kollegialbehörden erlassen werden, eine echte "Gnaden-Gesinnung" aber nicht in einem Gesamtakt vollziehbar ist. Reine Gnade, der nur noch als Idealtypus eine gewiße Bedeutung zukommt, stellt sich selbst bei grober Skizzierung der Verfassungsphänomenologie als ein Fremdkörper im Rechtsstaat dar. Die legitimen Gnadenkriterien, von denen auszugehen ist, haben sich aber nicht als rechtsfremd erwiesen. Somit ist der GA als ein Rechtsakt anzuerkennen. Das "eigentliche" Wesen der Gnade ist damit nicht aufgegeben. Die historischen Darlegungen haben nämlich gezeigt, daß die Gnade verschiedenartig schillernde Ausformungen hervorgebracht hat, von der keine als die "eigentliche" bewertet werden kann.

---

pie wird durch die Bedürftigkeit anderer Menschen erregt. Philanthropie ist nicht die Liebe zwischen Gleichstehenden, sondern die Herablassung des Höherstehenden. Der metarechtliche Zug fehlt der humanitas von Anfang an (vgl. Grewe, S. 42; Hupe, S. 8 f).

1) v. Mangoldt-Klein, GG, Art. I, III, 1, b (S. 14)

2) Geerds (S. 24) betont, daß der demokratischen Staatsform, im Gegensatz zur Monarchie und Diktatur, eine persönliche Bindung an einen bestimmten Menschen als Staatsoberhaupt oder Staatsorgan fremd ist. "Die korrigierende Gnade kann, ... im Rechtsstaat der parlamentarischen Demokratie nur dann Bestand haben, wenn ihr Wesen von der Natur eines religiös-personalen Aktes unabhängig ist (Geerds, S. 24).

B) DIE EINORDNUNG DES GA IN DAS SYSTEM DER GEWALTENREILUNG

. Ist der GA ein VA ?

1. GA und Gewaltentrias

Während im allgemeinen die Einordnung eines Staatsaktes in Legislative, Exekutive und Justiz [1] nur in der Hinsicht streitig ist, zu welcher dieser Staatsfunktionen der betreffende Staatsakt zuzurechnen ist, erhebt sich beim GA die Frage, ob er überhaupt unter eine solche Grundform rubriziert werden kann. LABAND sieht die Begnadigung als einen staatlichen Akt an, "bei welchem die Trennung der staatlichen Funktionen in Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Verwaltung verschwindet" [2]. Ähnlich ist GREWE der Auffassung, daß die Begnadigung im Grunde mit der Gewaltenteilungslehre systematisch nicht zu erfassen ist [3]. Beide Meinungen verlieren erheblich an Gewicht, wenn man die ihnen zugrunde liegenden Auffassungen über die Gewaltenteilung berücksichtigt. Für LABAND ist das Gewaltenteilungsprinzip eine verwerfliche Theorie [4]. Der Hintergrund von GREWES Arbeit ist die personale, gewaltenteilungsfeindliche Herrschaftsstruktur des Führerstaates [5]. Indes werden auch auf durchaus rechtsstaatlichem Boden Bedenken gegen eine nähere Qualifizierung des GA durch die Gewaltentei-

---

1) Diese klassischen Gewalten werden mitunter in mehrfacher Weise ergänzt. Küster stellt die sozialen Machtgruppen neben sie (Das Gewaltenproblem im modernen Staat, AöR, Bd. 75 (1949), S. 413). Nicht selten wird auch die chinesische 5-Teilung herangezogen (Jahreiß, Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung, Nawiasky-Festschrift, S. 122; Obermayer, Gneralklausel, Bayer. Verw. Bl. 1955, S. 174; Werner, Anm. z. Urt. des Bayer. VGH v. 12. 10. 51, DVBl. 1952, S. 342).

2) Laband, Das Staatsrecht des DT. Reiches, Bd. III, S. 509

3) Grewe, S. 32, 36. Geradezu mit logischer Notwendigkeit soll daher eine Staatslehre, die sich am Gewaltenteilungsprinzip orientiert, außerstande sein, das Durcheinander der Gnadentheorien zu klären (Grewe, S. 135).

4) Laband, aaO., Bd. II, S. 6, Anm. 2 (4. Aufl.). In der 5. Auflage fehlt diese Anmerkung. Es kann aber davon ausgegangen werden, daß die ursprüngliche Ansicht zur Gewaltenteilung im Verhältnis zum Gnadenrecht maßgebend blieb. Vgl. auch Jesch, Bindung, S. 118, Anm. 11; Kägi, S. 11. Leineweber (S. 29) und Mezger (Recht und Gnade, Gerechte Ordnung, S. 52) verkennen die Effektivität der Gewaltenteilung überhaupt, sodaß schon im Ansatz eine Einordnung der Gnade in die Gewaltentrias ausgeschlossen ist.

5) Die Gewaltenteilung wurde zu einer organisatorisch-technischen Gliederung denaturiert. Die mit dem Grundverhältnis von Führung und Gefolgschaft verherrlichte Diktatur mußte jeder Gewaltenteilung feindlich gegenüberstehen (Kägi,

teilung [1] erhoben. Im Prozeß der realen Rechtsgestaltung und Rechtsverwirklichung sollen nach KÄGI bestimmte Staatsemanationen nicht in die "rationale Funktionentrias" eingereiht werden können. Zu diesen Zwischenfunktionen zählt KÄGI das Begnadigungsrecht [2]. Im Hintergrund dieser Auffassung steht die Vorstellung einer unteilbaren, einheitlichen Staatsgewalt in Substanz und Ausübung [3].

Um hierzu Stellung nehmen zu können, muß der Sinn der Gewaltenteilung kurz skizziert werden. Zunächst mag man als Empiriker feststellen, daß in allen Staaten gewisse Grundformen hoheitlichen Handelns immer wiederkehren. Diesen Gegebenheiten kann ein kategorialer Gehalt nicht abgesprochen werden [4]. Dies ist die Betrachtungsweise des Aristoteles [5], der methodisch vom Organ auf die Funktion schließt. Aus der Gewaltenteilung als Ergebnis der Wesenserkenntnis der Staatstätigkeiten wird unterLOCKE und MONTESQUIEU ein verfassungspolitisches Postulat. Besonders MONTESQUIEU ist nicht Empiriker, sondern Reformer [6]. Die Forderung nach Freiheit greift die antike Einsicht von der Gewaltenteilung auf und macht sie ihren Zwecken dienstbar [7]. Während diese historisch - politischen Aspekte der Gewaltenteilung allgemein erkannt werden, ist es bis jetzt noch nicht gelungen, die Dreiteilung auch abstrakt logisch zu

---

S. 143 ff; Ipsen, Politik und Justiz, S. 200; Helfritz, Allgemeine Staatslehre, S. 263 f).

1) Werner, aaO.; K. Peters, Lehrbuch des Strafprozesses, S. 554; Sczostak, Gerichtsfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 448. Nieders (S. 34) sieht im GA überwiegend Elemente der Verwaltung, aber auch der Rechtsprechung und Gesetzgebung.

2) Kägi, S. 239 f

3) Nach Arndt erscheint in der Gnadengewalt noch die ungeteilte und unteilbare Staatsgewalt (grundsätzlich anders Geerds, S. 32). Da die Gnade ausgesprochen gesetzwidrig sei, könne sie nicht der Exekutive, die unter dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung stehe, angehören (Ad. Arndt, Das Amnestiegesetz, SJZ 1950, Sp. 109). Die Gnadenausübung ist aber nicht gesetzwidrig, da die Begnadigungen gesetzlich verankert sind. Zum Argument der einheitlichen Staatsgewalt vergl. Geerds, aaO. und oben S. 15.

4) Ob die aristotelischen Gewalten nur kontingente Gegebenheiten sind oder ob in ihnen auch ein kategorialer Gehalt zum Ausdruck kommt, ist bestritten (vgl. einerseits Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 96, andrerseits Kägi, S. 15). Die Erkenntnismethode des Aristoteles ist, in allen Dingen das Allgemeine zu suchen. Es legt sich daher nahe, bei seinen 3 Staatsgewalten von kategorialen Inhalten auszugehen.

5) Kägi, S. 15; Helfritz, aaO., S. 118, 112 6) Helfritz, aaO., S. 119

7) H. Peters, Die Gewaltenteilung in moderner Sicht, S. 8; Nawiasky, Allgemei-

rechtfertigen [1]. Noch sind die drei Gewalten nicht als apriorische Formen jeder Staatstätigkeit einsichtig gemacht. Aus jüngster Zeit verdient der Versuch von JAHREISS Beachtung [2]. Der erkenntnistheoretisch wertvollen Darstellung gelang es nicht, die Gewaltenteilung als denknotwendige Erscheinung nachzuweisen. So ist es nicht geglückt, der richterlichen Tätigkeit eine logisch gesicherte Stellung zu verschaffen [3]. Zudem distanziert sich eine Gewaltenunterscheidung, welche die kontingente Gewaltentrias nur mehr als Verschlingung und Durchdringung der "reinen" Prinzipien begreift, damit selbst von den positiven Gegebenheiten so sehr, daß ihrer Wesenserkenntnis nicht mehr unmittelbare praktische Bedeutung beigemessen werden kann.

Der Zweck und die Bedeutung der Gewaltenteilung ergeben sich letztlich nicht aus historischen oder abstrakt-logischen Erwägungen, ausschlaggebend ist vielmehr eine Interpretation der Verfassung. Im GG ist das Prinzip der Gewaltenteilung hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht worden [4]. Es geht davon aus, daß die Staatsgewalt in der Exekutive, Legislative und Justiz ausgeübt wird. Den verschiedenen Funktionen entsprechen verschiedene Funktionsträger. Offenbar sieht das GG in der Dreiteilung zunächst ein organisatorisches Grundprinzip, dem alle staatliche Tätigkeit unterliegt [5]. Nachdem der GA eine Emanation der

---

ne Staatslehre, 3. Teil, S. 124; Friedrich, Der Verfassungsstaat der Neuzeit, S. 201. Vgl. Montesquieu, Vom Geist der Gesetze; Amberger, S. 10; Küster, aaO., S. 402.

1) Jesch, Bindung, S. 116. Bei Laun (Recht und Sittlichkeit, S. 103 ff) scheint der Beweis, daß eine denknotwendige, allgemeingültige Trennung der Gewalten nicht möglich ist, der Grund zu sein, jeden Zweck der Gewaltenteilung, der über eine Arbeitsteilung hinausgeht, zu verwerfen.

2) Jahreiß, Das "Wesen" des Rechtsprechens, H. Lehmann-Festschrift, S. 62 ff; ders., Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung, Nawiasky-Festschrift, S. 119 ff.

3) Jahreiß, aaO. (Nawiasky-Festschrift), S. 129. Der Herrschaftscharakter der Rechtsprechung soll darin liegen, daß sie von der geltenden Rechtsordnung mit Verbindlichkeit ausgestattet ist (Jahreiß, aaO., S. 132). Aber auch der Herrschaftscharakter der Normsetzung und Verwaltung beruht eben auf dem geltenden Recht. So zeigt sich, daß man die Problematik der Gewaltenunterscheidung nicht ohne Blick auf die positive Rechtsordnung lösen kann.

4) Art. 20 II III, 1 III GG; vgl. v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 20, Anm. V, 5, b (S. 598); Holkotten im Bonner Kommentar, Art. 92 GG, Erl. II, 1, a; Jesch, Bindung, S. 115. Die Formulierung des Prinzips war in der alten württ. -bad. Verfassung (Art. 48) klarer. Die Gewaltenteilung kann also nicht mehr wie früher (vgl. noch Thoma, HbDSR, 2. Bd., S. 111) nur als verfassungspolitisches Postulat gewertet werden.

5) "Diese Einteilung ist, richtig verstanden, so gemeint, daß alle legitimen Be-

Staatsgewalt darstellt und als Rechtsakt erkannt ist, muß er auch unter das Gewaltenteilungsprinzip subsumiert werden können [1]. Eine Herausnahme aus diesem staatlichen Grundstrukturprinzip bedürfte mindestens besonderer Rechtfertigung [2].

Die Gewaltenteilung hat im GG eine spezifische Ausprägung als Gewaltenkontrolle erhalten [3]. Während die Gewaltenteilung als Geschäftsverteilung [4] auch in den zum Gewaltenmonismus drängenden totalitären Staaten anerkannt ist, wird die Gewaltenkontrolle dort aus naheliegenden Gründen bekämpft. Aber auch für den sozialen Rechtsstaat sind gewichtige Bedenken gegen die Gewaltenteilung überhaupt und die Gewaltenkontrolle im besonderen geltend gemacht worden. Richtig ist, daß nicht mehr wie zur Zeit MONTESQUIEUS rea-

---

tätigungen der Staatsgewalt darunter subsumiert werden" (Thoma, HbDStR, S. 109).

1) Diesen Gedanken setzen die Auffassungen stillscheigend voraus, welche z. B. wie Löwe-Rosenberg (Vorbem. 11 vor § 12 GVG, S. 44) so argumentieren: Ist der GA weder ein Akt der Gesetzgebung noch der Rechtsprechung, so muß es ein VA sein (vgl. Plochmann, S. 42).

2) Es geht hier nicht um die viel erörterte Frage, ob die Gewaltenteilung selbst in der geltenden Rechtsordnung folgerichtig durchgeführt ist und die einzelnen Staatstätigkeiten den einschlägigen Gewalten zugewiesen sind, sondern ob es Staatsemanationen gibt, welche überhaupt nicht unter das System der Gewaltenteilung rubrizierbar sind. Zu den "Durchbrechungen" der Gewaltenteilung vgl. Thoma, aaO., S. 117; Küster, Das Gewaltenproblem im modernen Staat, AöR 75 (1949), S. 412; H. Peters, Die Gewaltenteilung in moderner Sicht, S. 10 ff; v. Mangoldt-Klein, aaO.; Hild. Krüger, Gibt es eine Inkompatibilität für die Mitglieder der Gesetzgebungsorgane nach dem GG? ZStW, Bd. 106 (1950), S. 709 f; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 73 f. Schon bei Aristoteles hat die Volksvers. Akte der Rechtsprechung vorgenommen (Helfritz, Allgemeine Staatslehre, S. 118). Oft wird es angemessener sein, von einer besonderen Ausformung des Gewaltenteilungsprinzips statt von einer Durchbrechung zu sprechen. Zur Zulässigkeit der Ausnahmen vgl. BGH, Gutachten v. 8. 9. 53, BGHZ, Bd. 11, Anhang, S. 34 ff.

3) V. Mangoldt-Klein, aaO.; Scheuner, Der Bereich der Regierung, Smend-Festgabe, S. 267; Maunz-Dürig, Anm. I, 1, a und I, 2, b zu Art. 19 IV GG; Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Grundrechte, 3. Bd., 2. Hbbd., S. 783. Vgl. auch Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 29; W. Weber, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, S. 25. Die Gewaltenkontrolle ist besonders durch Art. 19 IV GG ausgeprägt.

4) Jesch (aaO., S. 117) spricht von einer Funktionentheorie.

le, soziale Mächte hinter den drei Gewalten stehen [1].
Die Parteien beherrschen heute sowohl Legislative als auch Exekutive. Durch die Richterwahl drohen sie Einfluß auf die Justiz zu nehmen [2]. Trotzdem ist die Ausübung der Staatsgewalt durch einander hierarchisch nicht unmittelbar verantwortliche Personen von effektiv machtmindernder Wirkung. Die Gewaltenkontrolle ist daher auch in der heutigen politischen Gesamtverfassung sinnvoll. Was resultiert nun unmittelbar aus dem System der Gewaltenbalance für die Einordnung des GA ? Jede Anreicherung der Kompetenz einer der drei Gewalten, "die unter Einbruch in den Kernbereich der Zuständigkeiten einer der beiden anderen Gewalten eine irgendwie geartete Diktatur der einen über die anderen Gewalten ermöglicht, so daß diese nicht mehr weisungsunabhängig" sind [3], verstößt gegen das Prinzip der Gewaltenkontrolle. Die Gnadengewalt kann nicht zum Kernbereich einer der drei Gewalten gezählt werden, so daß sich daraus, etwa unter dem Gesichtspunkt der verfassungskonformen Auslegung, kein Argument für die Zuweisung an eine bestimmte Gewalt ableiten läßt [4].
Die Aufgabe des Gnadenrechts soll nach vielfach vertretener Auffassung sein, eine Brücke zu den Werten zu schlagen, welche jenseits des Rechtlichen lie-

---

1) Mit der Gewaltenteilung hat Montesquieu versucht, die vorhandenen politischen Kräfte - Krone, Adel, Volk - in eine machthemmende Gleichgewichtslage zu bringen. Küster (aaO., S. 403, 411), Menger (Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 25) und Rumpf (Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14, S. 144 f) im Anschluß an Neumann und Forsthoff gehen davon aus, daß die Gewaltenteilung nur dann ihren Zweck erfüllen kann, wenn sie eine gesellschaftlich-politische Basis hat. Dazu weist Bachof (Diskussionsbeitrag in VVDStRL 14, S. 179) darauf hin, die prägende Kraft des Richterberufes nicht zu verkennen, der eine gewisse eigenständige soziale Gewalt darstelle.

2) Rumpf (Regierungsakte, S. 25) hält auch die sozialpsychologische Grundlage des Richtertums heute für erschüttert. Hiergegen ist verfassungsrechtlich der Justiz eine überragende Stellung eingeräumt. G. Jellinek (Allgemeine Staatslehre, S. 615 f) und W. Weber (Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, S. 25) stehen einer starken Stellung der Rechtsprechung kritisch gegenüber im Gegensatz zu Bachof (Grundgesetz und Richtermacht, S. 35 ff); vgl. auch Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15 (1957), S. 26 f und W. Weber, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, Carl Schmitt - Festschrift, S. 253 ff sowie H. Peters, aaO., S. 23 ff.

3) Wernicke im Bonner Kommentar, Erl. II, 2, g zu Art. 20; v. Mangoldt-Klein, Art. 20, Anm. V, 5, b (S. 599)

4) Teilweise wird die Ausübung der Gnadengewalt durch die Exekutive als ein Eingriff in die Justiz (Geerds, S. 33; Baumbach, Der Bankerott der

gen [1]. Der Mittler dafür ist das Rechtsgewissen des Individuums. Läßt nun die Gewaltenteilung, nach welcher der Gemeinwille sich zunächst in Gesetzen, dann in konkreten Vollzugsakten äußert, eine solche Funktion zu ? HUPE geht davon aus, daß es ein Rechtsgewissen der Allgemeinheit nicht gibt, folglich könne auch die Gnadenentscheidung nicht mehr Gewissensentscheidung sein [2]. Damit ist verkannt, daß im Funktionenablauf unseres Rechtsstaats immer noch Entscheidungen nicht nur nach Wissen, sondern auch nach Gewissen legitim sind [3]. Das betreffende Organ handelt dabei nicht in Ausübung eines Gesamtgewissens, sondern seines eigenen, das alle anderen vertritt. Es kann dem Gesetzgeber, was den Grundsatz der Gewaltenteilung anbelangt, nicht verwehrt sein, die Ausübung öffentlicher Gewalt dem Gewissen des Einzelnen anzuvertrauen. Gegen die Gewaltentrennung würde es deshalb an sich nicht verstossen, wenn in der Begnadigung auch metarechtliche Werte reflektiert würden. Schranken lassen sich nur aus dem Prinzip der Gewaltenkontrolle im besonderen ableiten. Unzulässig wäre

---

Strafjustiz, DJZ 1928, Sp. 41) oder einen Verstoß gegen die Gewaltenteilung überhaupt angesehen (Gerland, S. 575). Welche Ansicht richtig ist, muß sich bei der Begriffsbildung der drei Gewalten entscheiden. Die angeführte Wernickesche Formel reicht dazu nicht aus, da sie die einzelnen Gewalten nicht definiert.

1) Radbruch, Rechtsphilosophie (4. Aufl.), S. 340; Mezger, Recht und Gnade, Gerechte Ordnung, S. 60 ff; Nieders, S. 145

2) Hupe, S. 118; Hupe definiert nach Wieacker das Rechtsgewissen als "persönliche Erfahrung eines absoluten Wertes" (Hupe, S. 117).

3) So sollen der Abgeordnete (Rumpf, Der ideologische Gehalt des Bonner Grundgesetzes, S. 37), der Pädagoge (BVerwG, Urt. v. 24. 4. 1959, JZ 1959, S. 781 f), der Richter und der Verwaltungsbeamte (Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Zitelmann-Festschrift, S. 10) ihre Entscheidungen auch nach Gewissen treffen. Viel diskutiert sind die irrationalen Faktoren bei der richterlichen Rechtsfindung (vgl. Larenz, Über die Objektivität der Rechtsprechung, NJW 1950 S. 168 ff; Erich Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz, VVDStRL, Bd. 3 (1927), S. 12; Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S. 39). Die irrationalen Faktoren können sich über das Rechtsgefühl als Druck auf den Intellekt äußern (vgl. Rümelin, Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, S. 12 f). Mezger geht sehr weit mit der Annahme, daß die vernünftige Besinnung doch immer wieder im Irrationalen endet (Mezger, aaO., S. 63). Der Abgeordnete v. Merkatz nahm im Bundestag scharf dagegen Stellung, daß der Richter nicht nur dem Gesetz, sondern auch und sogar in erster Linie seinem Gewissen unterworfen sein soll (Verhandlungen des deutschen Bundestages, 112. Sitzung am 11. 1. 1951, I. Wahlperiode 1949, Sten. Berichte, S. 4218 ff). Indes waren diese Ausführungen speziell gegen die Anerkennung überpositiver Normen gerichtet (vgl. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen?S. 24). Métall (Der heutige Sinn der Gnade

es, wenn der Gesetzgeber z.B. anordnen würde, ganze Bereiche der Leistungsverwaltung oder gar der Eingriffsverwaltung sollten nach dem Gewissen der einzelnen Beamten unter dem Gesichtspunkt der Nächstenliebe ausgeübt werden [1]. Die Emanationen des Gefühls sind nicht kontrollierbar und nicht meßbar und könnten so unzulässig eine wirksame Gewaltenkontrolle verhindern [2]. Es wurde bereits aufgezeigt, daß die Gnadenausübung, jedenfalls ganz überwiegend, nicht durch Gewissen und Gefühl bestimmt ist. Ein Verstoß gegen irgend eine Ausformung der Gewaltenteilung liegt daher nicht vor [3].

2. GA und Normsetzung

Der GA wurde früher häufig als Akt der Normsetzung angesehen [4]. Im demokratischen Rechtsstaat wird zwar diese Auffassung nur noch selten vertreten [5], aber soweit der GA als Dispensation begriffen wird [6], ist im Grunde damit dasselbe gemeint. Die Dispensation ist nämlich selbst in zahlreichen Fällen ein Akt der Normsetzung [7]. Zur Rechtssatzqualität kann nicht Stellung genommen werden,

---

Zeitschrift für soziales Recht, 3.Jg. (1931), Nr.2, zit. nach Grewe, S. 23) sieht die Aufgabe der Gnade geradezu darin, die emotional in den Rechtsprechungsakt eingeflossenen Vorurteile im Sinne sozialer Gerechtigkeit auszugleichen (Kritik an Métall bei Grewe, S. 23 und Nieders, S. 107).

1) Obermayer vergleicht den GA mit einer caritativen Betätigung und hält ihn auf einen juristisch nicht meßbaren Gemeinschaftswert zugeordnet (Generalklausel, Bayer. Verw. Bl. 1955, S. 129).

2) Forsthoff, Grenzen des Rechts, S. 19, wendet sich dagegen, die Daseinsvorsorge von individueller Ethik her zu betreiben, allerdings mit anderer Begründung wie hier.

3) Andere Folgerungen müßten sich aus der schon von Mittermaier sehr klar formulierten Auffassung ergeben, nach welcher der eigentliche Entschluß der Begnadigung ein Ausfluß der innersten Gesinnung und ein Akt des Gewissens sei, worüber keine juristische Rechenschaft möglich wäre (Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. 13, S. 151).

4) Carpzow, Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium, qu. 150, n. 16; Grotius, De iure Belli ac Pacis, II, 20, § 24; weitere Angaben bei Plochmann, S. 42, Pralle, S. 6, Anm. 27 und Nieders, S. 28 ff; vgl. auch G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 239.

5) Vertreter sind noch v. Liszt-Schmidt, Lb. des deutschen Strafrechts, S. 44; Eb. Schmidt, HbdDStR, S. 566 f.

6) Vgl. Grewe, S. 13 ff, 120; Lissner, Historische Entwicklung der Begnadigung und ihrer Grenzen, S. 17; anders Nieders, S. 49, Anm. 1.

7) Die Dispensation ist entweder Gesetzgebungs- oder Verwaltungsakt (bestr., vergl. Stier-Somlo, Art. Dispensation im Handwörterbuch der Rechtswissen-

ohne kurz auf den Gesetzesbegriff [1], der bei der weiteren Bearbeitung auch noch in anderem Zusammenhang von Bedeutung sein wird, einzugehen. Die "klassische" Widerlegung des GA als Rechtssatz findet sich bei LABAND [2]. Seine Begründung ist allerdings anfechtbar. Soweit LABAND auf die Form abstellt, ist eine mögliche Rechtssatzqualität der Gnadenentscheidung grundsätzlich nicht schlüssig verneint, da es bei der Zuordnung eines Aktes nicht nur auf formelle Kriterien, sondern auch auf den materiellen Gehalt ankommt. LABAND führt nur gegen eine Qualifizierung des GA als Norm weiter aus, daß durch die Begnadigung weder ein neuer Rechtssatz geschaffen, noch ein bestehender beseitigt wird, vielmehr nur einzelne Konsequenzen, zu welchen die Rechtsregeln im konkreten Fall führen, aufgehoben werden. Man kann die Rechtsnorm als einen in Tatbestand und Rechtsfolgebefehl gegliederten hypothetischen Sollenssatz bestimmen. Werden nun dauernd die Folgen einer Norm durch ständig wiederholte Begnadigungen praktisch beseitigt [3], so wird damit im Ergebnis der Rechtsfolgebefehl geändert und die bestehende Norm dementsprechend außer Kraft gesetzt. Die Argumentation LABANDS kann somit den fehlenden Rechtssatzcharakter des GA nicht ausreichend beweisen.

Zwischen dem Gesetzesbegriff und dem Rechtsstaatsgedanken besteht ein ursprünglicher, enger Zusammenhang [4]. Der Rechtssatz ist nicht apriorischer Natur, sondern eine Zweckschöpfung des konstitutionellen Verfassungsrechts [5]. Schon damals war der Gesetzesbegriff am ethisch-politischen Ideal der Freiheit und Gleichheit orientiert. Der Rechtsstaatsgedanke ist heute das führende Strukturelement unserer Verfassung. Welchen Inhalt hat nun, sofern er auch für den Gesetzesbegriff bedeutsam sein könnte, das Rechtsstaatsprinzip ? Mit Recht legt

---

schaft, 2. Bd., S. 70 ff).

1) Gesetz, Norm und Rechtssatz werden hier synonym verwendet. Vielfach wird den Begriffen eine verschiedene Bedeutung zugemessen (Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 4).

2) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, III, S. 504, II, S. 249; ders., Das Gnadenrecht in Finanzsachen nach preußischem Recht, AöR, Bd. 7 (1892), S. 191 ff, ähnlich v. Mohl, S. 652, Adolph, S. 38, Pralle, S. 6, RFH, Gutachten v. 20. 9. 1924, AS Bd. 14, S. 169 ff.

3) In der Weimarer Republik ist es in sozialistisch regierten Ländern vorgekommen, daß nach gerichtlich verhängter Todesstrafe automatisch eine Begnadigung erfolgte. Praktisch wurde in den betreffenden Ländern das gesetzliche Strafensystem geändert.

4) Vgl. die Ausführungen bei Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStRL 4, S. 102; Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 142.

5) Der spätkonstitutionelle Gesetzesbegriff kann für das geltende Verfassungsrecht nicht uneingeschränkt übernommen werden (Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 3). Der Ausdruck Rechtssatz wird hier nicht philo-

NAWIASKY dar, daß das eigentliche Wesen des Rechtsstaates die Verwirklichung der Freiheit ist [1]. Ergänzend wird man allerdings hinzufügen müssen, daß im heutigen Rechtsstaat der Gleichheit eine ähnliche Bedeutung zukommt [2]. Wenn Rechtsstaatsgedanke und Gesetzesbegriff voneinander abhängig sind, so müßten Freiheit und Gleichheit auch die Gesetzesdefinition bestimmen. In der Tat wird der Gesetzesvorbehalt, wonach Eingriffe in die persönliche und verdinglichte [3] Freiheitssphäre einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, zur Definition des Gesetzes selbst verwendet [4]. Der Zweck der Freiheitssicherung ist also für das Gesetz begriffswesentlich. Dem widerspricht auch nicht die von G. Jellinek ausgehende Lehre, nach welcher ein Gesetz dann vorliegt, "wenn es den nächsten Zweck hat, die Sphäre der freien Tätigkeit von Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen" und es "der sozialen Schrankenziehung wegen erlassen worden ist" [5]. Hier ist ein subjektiv-psychologisches Kriterium verwendet, das einer Abgrenzung nach dem Gesetzesvorbehalt grundsätzlich nicht widerspricht. Sehr viel zweifelhafter ist der

---

sophisch verstanden und definiert, da nicht beabsichtigt ist, das Gesetz von den Normen des sozialen Lebens abzugrenzen (vgl. aber Thoma, HbdDStR, II, S. 223).

1) Allgemeine Staatslehre, 3. Teil, S. 124; ähnlich schon Locke (vgl. Friedrich, Der Verfassungsstaat der Neuzeit, S. 201). In der gesellschaftlichen Wirklichkeit muß die menschliche Freiheit immer organisiert werden (Heller, Staatslehre, S. 273), dazu dienen Grundrechte, Gewaltenteilung und andere Einrichtungen des überragenden Rechtsstaatsprinzips.

2) Das zeigt sich schon in dem allenthalben zu beobachtenden Sicherheitsstreben, welches die Idee der Freiheit zu unterlaufen droht. Diese in der modernen Industriegesellschaft tiefgreifende Veränderung des Lebensgefühls ist ein ernstes Problem (vgl. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, S. 22; Fechner, Die soziologische Grenze der Grundrechte; Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12, S. 39 ff).

3) Unter verdinglichter Freiheitsspäre wird das Eigentum verstanden, das in seinem Wesensgehalt eine derartige Bezeichnung verdient.

4) "Der Gesetzesvorbehalt bestimmt sich aus dem Eingriff in Freiheit und Eigentum, das heißt die gesamte Rechts- und Freiheitssphäre der Individuen und ihrer Verbände" (Thoma, aaO.).

5) G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 240; Eb. Schmidt, HbdDStR, II, S. 566; der Sache nach ähnlich Anschütz, Art. Gesetz im Wörterbuch des Dt. Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Bd., S. 212, und Laband, Das Staatsrecht des dt. Reiches, II, S. 181; vgl. dazu H. Thierfelder, Die staatsrechtliche Bedeutung des Staatshaushaltsplans, S. 72. Bei Laband finden sich auch Anklänge an die h. L., welche das Gesetz mit dem Gesetzesvorbehalt definiert. Das deutet an, daß die Auffassungen nicht grundsätzlich konträr sind.

Niederschlag des Gleichheitsgedankens in der Gesetzesdefinition. Erfordert die Gleichheit eine abstrakt-generelle Form des Rechtssatzes ? [1] Ist die Allgemeinheit des Gesetzesbegriffes also nur eine "organisationstechnische Zufälligkeit" oder ein Postulat des Rechtsstaates [2] ? Sicherlich darf ein Gesetz dem Gleichheitssatz nicht widersprechen. Es braucht aber auch ein Einzelfallgesetz nicht willkürlich zu sein. Der Gleichheitssatz kann gerade die Sonderbehandlung eines bestimmten Falls fordern [3], so daß kein Anlaß besteht, den Gesetzesbegriff durch das Erfordernis der "Allgemeinheit" einzugrenzen. Festzuhalten ist, daß die Normen, welche in Freiheit und Eigentum eingreifen, Rechtssätze sind. Der Gesetzesvorbehalt selbst wird weithin von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten bestimmt. Grundsätzlich sollen der Gesetzgebung die wichtigsten Maßnahmen des Staatsle-

---

1) Das bejaht Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 34; ders., Der Mensch im Recht, S. 91, 94; Peters, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, S. 6. Überwiegend wird die Allgemeinheit als Wesensmerkmal des Rechtssatzes angesehen (vgl. etwa Kägi, S. 46 f; Friedrich, aaO., S. 209; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I (2. Aufl.), S. 57; Thoma, aaO., S. 223. Nach Carl Schmitt ist der richtige Begriff der Gleichheit mit dem richtigen Begriff des Gesetzes untrennbar verbunden (HbdDStR, II, S. 593; ders., Verfassungslehre, S. 155 f). Gleichheit des Gesetzes und Generalität des Gesetzes werden dabei identifiziert. A. A. sind Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 232; Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStRL 4, S. 107 ff; Laband, aaO., II, S. 2. Zum Problem vgl. auch die Angaben bei Thoma, HbddtStR., II, S. 126.

2) vgl. Heller, aaO., S. 107.

3) Zutreffend ist darauf hingewiesen worden, daß es eine nicht unbedeutende Anzahl von individuell gearteten Verhältnissen gibt, "die ohne Verletzung der materiellen Gerechtigkeit nach allgemeinen Normen nicht entschieden werden können" (G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 239; ähnlich Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 72 f). Rümelin preist es als Ideal der Gerechtigkeit, wenn jeder Fall nach seinen individuellen Merkmalen und Umständen entschieden werden könnte (Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, S. 37). Radbruch räumt ein, daß die Anordnung gegen eine Einzelperson nicht willkürlich zu sein braucht; trotzdem soll sie nicht Rechtscharakter haben (Der Mensch im Recht, S. 94). Im einzelnen ist es auch schwierig, eine generelle von einer individuellen Regelung zu unterscheiden (Thoma, aaO., S. 126; Jahrreiß, Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung, Nawiasky-Festschrift, S. 29 f). Nach Zeidler sind Individualgesetze, die zulässig sind, weil sie nicht gegen den Gleichheitssatz verstoßen, Rechtssätze (Bundesverfassungsgericht und Maßnahmegesetz, JZ 1960, S. 392). Die Probleme wurden insbesonders im Zusammenhang mit den Maßnahmegesetzen erörtert (vgl. Forsthoff, Über Maßnahmegesetze, W. Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 221 ff; Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL

bens vorbehalten sein [1]. Die Abgrenzung im einzelnen erfolgt letztlich auf historisch-konventioneller Grundlage [2]. Die Begnadigung ist nun eine Einzelfallgestaltung, welche herkömmlich vom Exekutivorgan vorgenommen wird. Aktautor, Einzelfallregelung und Tradition, auch der rein begünstigende Charakter des GA, sprechen insgesamt gegen seine Einordnung als lex specialis [3].

3. Richterspruch und VA

Für die Auffassung, welche den GA materiell zur Rechtspflege [4] rechnet, ist vor

---

15, S. 35 ff; Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S. 29; Thierfelder, aaO., S. 169 ff; BVerfG, Beschl. v. 15. 2. 59, JZ 1960, S. 404 ff, dazu Zeidler, aaO., S. 391 ff). Man wird die Allgemeinheit im Gesetzesbegriff wohl nicht als Essentiale, aber als Naturale ansehen müssen (vgl. Meyer-Anschütz, Lb. des deutschen Staatsrechts (1919), S. 27/28, Anm. 2).

1) Nach H. J. Wolff ist das Gesetz eine inhaltlich allgemeine und zeitlich dauerhafte Anordnung derart, daß nur die Grundfragen, die Rechtsinstitutionen, von ihm geregelt werden (Verwaltungsrecht I (2. Aufl.), S. 57). Gerade also die Grundentscheidungen sollen durch die Legislative getroffen werden.

2) Das BVerfG, Beschl. v. 6. 5. 1958, AS, Bd. 8, S. 167, räumt die Möglichkeit ein, daß sich der Gesetzesvorbehalt seinem Umfang nach mit der jeweiligen Staatsauffassung ändert. Ein abstrakt-apriorischer Gesetzesbegriff ist damit verworfen. Es besteht auch ein gewisser Gegensatz zu der Meinung, welche den Rechtssatz nur historisch-konventionell beschreibt (Thoma, aaO., S. 124 ff, 223; ders., Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, Otto Mayer -Festgabe, S. 176 ff; Heller, aaO., S. 118, steht, wie Thierfelder, aaO., S. 134, zutreffend bemerkt, dieser Auffassung sehr nahe). Im Einzelfall wird der Einfluß der Verfassung auf die überkommene, rechtsstaatliche Vorstellung vom Gesetzesvorbehalt jeweils nachzuweisen sein. Beim GA liegt kein Anlaß vor, die Untersuchung in dieser Hinsicht zu vertiefen.

3) Wenn Eb. Schmidt (HbdDStR, II, S. 566 f) dagegen einwendet, daß die Behörden durch die GA zu Handlungen verpflichtet werden, so ist dem entgegenzuhalten, daß diese nur in ihrer Innenfunktion berührt werden, was auch durch Anordnungen ohne Rechtssatzcharakter möglich ist. Eb. Schmitt (aaO., S. 567) findet es weiterhin sonderbar, daß der GA, der seiner Idee nach das richtige Recht durchsetzen soll, einen anderen als Rechtssatzcharakter haben kann. Es ist aber unrichtig, daß alle Staatsakte, die Recht und Gerechtigkeit dienen, Rechtssätze sein sollen. In den unteren Stufen der Rechtserzeugung ist das meist nicht der Fall.

4) Anschütz, Komm. zur WRV, Art. 49, Note 1 und 2; Loeb, Das Begnadigungsrecht, S. 53 ff; v. Mangoldt, Komm. zum GG (1. Aufl.), Bem. 3 zu Art. 60 (S. 325); Schoen, Das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Spiegel von Recht-

allem die geschichtliche Entwicklung maßgebend. Im Mittelalter war das Gnadenrecht ein wesentlicher Bestandteil der richterlichen Gewalt [1] und heute deckt sich im wesentlichen die Gnaden- mit der Justizhoheit [2]. Gegen die Qualifizierung des GA als Akt der Rechtsprechung wird vorgebracht, daß der Gnadenträger ein Exekutivorgan sei [3]. Der Einwand beruht auf einer unzutreffenden Identifizierung von Rechtsprechung im formellen und materiellen Sinn. Es wäre durchaus denkbar, daß Art. 60 II GG eine Ausnahme vom Richtermonopol des Art. 92 GG ist. Der Rechtspflegecharakter des GA wird besonders deshalb verneint, weil der GA nicht wie das Urteil auf die Verwirklichung von Recht und Gerechtigkeit gerichtet wäre. Es wurde aber bereits nachgewiesen, daß auch die Gnadenausübung der Rechtsidee unterworfen ist. RUMPF hält es geradezu für folgerichtig, den GA dann als Rechtsprechungsakt zu begreifen, wenn man die Gnade als eine Korrektur im Sinne der materiellen Gerechtigkeit ansieht [4]. Damit sind aber noch nicht alle Zweifel ausgeräumt. Der GA unterscheidet sich in den

---

sprechung und Schrifttum, DÖV 1950, S. 108; Scheuner, Der Bereich der Regierung, Smend-Festschrift, S. 287, Anm. 92; Fischbach, Bundesbeamtengesetz (2. Aufl.), Bem. II, 2 zu § 50. Vgl. Rumpf, Regierungsakte, S. 34; Nieders, S. 26 ff; Hamann, Die gerichtliche Nachprüfung von Anordnungen, Verfügungen und sonstigen Maßnahmen der Justiz- und Vollzugsbehörden, DVBl. 1959, S. 7 f. Nach Menger (Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 30) greift die Platow-Amnestie in die Zuständigkeit des gesetzlichen Richters ein, womit der enge Zusammenhang zwischen Gnadengewalt und richterlicher Gewalt zum Ausdruck gebracht ist.

1) vgl. Loening, Geschichte des Strafrechts und Strafprozesses, ZStrW, 5. Bd. (1885), S. 229; Heiman, S. 55

2) Nach Löwe-Rosenberg umfaßt die Justizhoheit das Strafverfolgungsrecht und das Gnadenrecht (Vorbem. 10 zu § 12 GVG). Eberhard Schmidt hält das Begnadigungsrecht aufs engste zusammengehörig mit dem Recht der Gerichtsbarkeit (HbdDStR, II, S. 563). Unzutreffend Kühn, nach welchem die an das Verwaltungsstrafverfahren anschliessende Begnadigung Ausfluß der Steuerverwaltungshoheit ist (Kühn, Vorbem. I, 1, zu § 477 AO).

3) Vgl. Eb. Schmidt, Vorbem. 11 zu § 12 GVG (S. 44); Funcke, S. 7; Lissner, S. 12

4) Rumpf, aaO., S. 34; ähnlich sieht Loeb die Ausgleichsbegnadigungen als Ausübung richterlicher Gewalt an (Loeb, Das Begnadigungsrecht, S. 3). Vgl. auch RFH, AS, Bd. 14, S. 169 ff(172). Der RFH ist insofern widersprüchlich, als nach seiner Auffassung der GA im Gegensatz zum Urteil der Schuld- und Rechtsfrage unabhängig gegenüber steht, andererseits aber der materiellen Gerechtigkeit dienen soll. Eine materielle Gerechtigkeit kann aber an der Prüfung der

Wirkungen von einem richterlichen Urteil erheblich [1]. Ferner sollen das Fehlen eines Rechtsstreits, sowie das Gnadenverfahren gegen einen Richterakt sprechen[2]. Ist aber das vorausgegangene Verfahren für die Einordnung eines Akts als Rechtspflegeakt überhaupt von Bedeutung? Erfüllen die auch im Gnadenverfahren auftauchenden Interessenkonflikte die Erfordernisse eines Rechtsstreites? Zählt der Rechtsstreit zu den Essentialen der Rechtsprechung ?

Der GA ist jedenfalls eine hoheitliche Maßnahme, welche einen Einzelfall unmittelbar in rechtlich erheblicher Weise regelt. Diese Voraussetzungen eines VA liegen beim GA daher vor [3]. Die hiergegen vorgebrachten Bedenken fußen überwiegend auf der fälschlichen Ansiedlung des GA in der außerrechtlichen Sphäre [4] und sind durch die Erkenntnis des GA als Rechtsakt ausgeräumt. Der Richterspruch ist nun der gegenüber dem VA engere Begriff [5]. Es muß im folgenden also versucht werden, die Rechtsprechung gegenüber der Verwaltung abzugrenzen. Kann der GA nicht dem Bereich der Rechtspflege zugeordnet werden, so ist er ein VA.

Der Versuch einer Definition der Rechtsprechung - die Ausführungen müssen in diesem Zusammenhang skizzenhaft bleiben - kann nicht von logischen und apriorischen Vorstellungen getragen sein, sondern muß sich letztlich auf die Exegese von

---

Schuldfrage nicht vorbeigehen.

1) vgl. v. Bar, S. 458; Klees, S. 76 f
2) vgl. Geerds, S. 31; Laband, aaO., III, S. 506
3) Zum Begriff des VA vgl. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 183; Menges, S. 22; Maunz-Dürig, GG, Bem. I, 4, b zu Art. 19 IV GG; Klinger, VerwGO, § 42, Anm. E, I, 2, b (S. 154); Ule, VerwGO, § 42, Erl. IV, 1, b (S. 112). Teilweise wird auch verlangt, daß der hoheitliche Akt, um ein VA zu sein, geeignet sein muß, unmittelbar auf Rechte oder Pflichtverhältnisse einzuwirken (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 12. 10. 1959, DÖV 1960, S. 350 ff (350). Dies ist ein Ausfluß der teleologischen Betrachtungsweise, welche gegenüber den klaren begrifflichen Konstruktionen immer mehr Bedeutung gewinnt. Würde man den Gedanken akzeptieren, so müßte die Problematik des Rechts auf Gnade bereits an dieser Stelle behandelt werden. Die Ungeeignetheit einer Rechtsverletzung und Rechtsschutzerwägungen, welche bei der Begriffsbildung des VA eine maßgebliche Rolle spielen (vgl. Lenz, S. 49 f), mögen nicht selten die eigentlichen Gründe für die Negierung des GA als VA abgegeben haben. Indes scheint es systematisch übersichtlicher zu sein, solche Erwägungen erst bei der Untersuchung des Rechts auf Gnade und einer eventuellen Rechtskontrolle der GA anzustellen.
4) vgl. Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 91; ders., Generalklausel, Bayer. Verw. Bl. 1955, S. 129; Tietgen, Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, NJW 1956, S. 1132; Ule, VerwGO, § 42, IV, 6, b (S. 138).
5) Forsthoff, Lehrbuch, S. 189

Art. 92 GG beschränken [1]. Aus der Verfassung ergeben sich für den Gegenstand der Untersuchung sinngemäß folgende Postulate: Es muß ein materialler Begriff der Rechtsprechung gefunden werden, da sonst Art. 92 leerlaufen würde [2]; die Definition dieses materiellen Rechtsprechungsbegriffs darf in keine Akzessorietät zu unterverfassungsmäßigen Rechtsnormen geraten [3].

---

1) vgl. Bachof, VVDStRL 14, S. 178 (Diskussionsbeitrag); Hild. Krüger, Gibt es eine Inkompatibilität für die Mitglieder der Gesetzgebungsorgane nach dem GG ? ZgStW, Bd. 106 (1950), S. 710. Gröpl setzt ganz ähnlich an, führt aber die Überlegungen nicht konsequent zu Ende: "Die Forderung des Art. 92 nach der alleinigen Zuständigkeit des Richters zur Wahrnehmung von Rechtsprechungsaufgaben ist sonach nur cum grano salis zu verstehen" (Gröpl, S. 148).

2) Menger, System, S. 47 f; ders., Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDSt RL 15, S. 27; Holtkotten im Bonner Kommentar, Erl. II, 1, b zu Art. 92 GG; Loppuch, Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung vom Rechtsprechungsakt, NJW 1953, S. 1128 f; Haas und Redding, Steuerstrafen und Finanzverwaltung, JZ 1953, S. 545. Vielfach wird die Unmöglichkeit einer Trennung von Justiz und Verwaltung vertreten (vgl. die Literaturzusammenstellung bei Gröpl, S. 3, Anm. 4). Die Möglichkeit eines materiellen Rechtsprechungsbegriffs verneinen Triepel, Reichsaufsicht, S. 137; Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 260; Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 35 ff; Thoma, HbdDStR, II, S. 129; Michels, Der Rechtsstaat und die rechtsprechende Gewalt, S. 85; wohl auch Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, S. 211; das BVerfG läßt es dahingestellt (BVerfG, Beschl. v. 14. 10. 58, Verw. Rspr. 11 (1959), S. 652, Nr. 150; eine materielle Unterscheidung zwischen Justiz und Verwaltung läßt auch das BVerwG, Urt. v. 16. 5. 57, Bd. 5, S. 69 ff (72) vermissen.
Materielle und formelle Zwischenbegriffe, wie der der Rechtspflege im Sinne Mengers, der "Justiz", der Gerichtsbarkeit sind hier nicht von Interesse, von den verschiedenen Autoren wird ihnen häufig eine unterschiedliche Bedeutung zugelegt (vgl. auch Jesch, Bindung, S. 108; Menger, System, S. 25 ff; Bötticher, Inwieweit sichern die Art. 102 ff der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg ? ZZP, Bd. 51 (1926), S. 205 f; Wolff, Verwaltungsrecht I, 2. Aufl., S. 67).

3) Art. 92 GG hat keinen Vorbehalt zugunsten des einfachen Gesetzgebers, sondern ist ein absolutes Rechtsprechungsmonopol des Richters (OVG Münster, Bescheid v. 10. 6. 52, AS, Bd. 5, S. 243 ff (247) und Urt. v. 23. 7. 51, AS, Bd. 5, S. 84 ff (89)). Eine Änderung der Richterzuständigkeit ist den Beschränkungen jeder Verfassungsänderung unterworfen.

Der Ausgangspunkt aller Abgrenzungsversuche von Rechtsprechung und Verwaltung ist das Moment der Rechtsanwendung [1]. Dabei handelt es sich aber mehr um eine Gemeinsamkeit als um eine Unterscheidung innerhalb der nicht normsetzenden Staatsemanationen. Nun wird gleichsam aus dem quantitativen Ausmaß der Rechtsanwendung bei der Kreation des jeweiligen Staatsaktes versucht, die eigentliche Zäsur herauszuentwickeln. Die Hoheitsakte können nämlich entweder nur in formeller Hinsicht rechtlich bestimmt sein, oder aber auch ihrem ganzen Inhalt nach Konkretisierungen von Rechtsnormen darstellen. Diese mehr oder minder große Freiheit oder Gebundenheit der Behörde bei Erlaß des Aktes soll ein ausschlaggebendes Kriterium für die Abgrenzung der Rechtsprechung abgeben [2]. Es mag eine richtige Beobachtung sein, daß die Verwaltungsbehörde im allgemeinen bei ihrer Tätigkeit weniger gesetzlich bestimmt ist als der Richter. Bei der Eingriffsverwaltung [3] ist das aber z.B. weithin nicht der Fall, während andrerseits dem Richter, besonders in der Strafrechtspflege, oft ein weiter Ermessensspielraum zukommt [4]. FLUME ist der Auffassung, daß die Anwendung von "Sachentscheidungsnormen" Rechtsprechung ist, während der Vollzug von "Handlungsnormen" Verwaltung sei [5]. Auch dieses Merkmal wurzelt hauptsächlich in der anfechtbaren Unterscheidung von Freiheit und Gebundenheit. Während die Handlungsnormen Handlungsermessen ermöglichen, ist bei Anwendung der Sachentscheidungs-

---

1) vgl. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 5, 37; Bötticher, aaO., S. 206; Menger, System, S. 33, 76 f; Rosenberg, Zivilprozeßrecht, S. 31 f; Henkel, Strafverfahrensrecht S. 74; Flume, Steuerwesen und Rechtsordnung, Smend-Festschrift, S. 75 ff; Jesch, Bindung, S. 113; Müller-Tochtermann, Freiwillige Gerichtsbarkeit zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, DRiZ, 1956, S. 5. Im Grunde läuft es auf das Gleiche hinaus, wenn Rechtsprechung mit Inbegriff der auf die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung gerichteten Tätigkeit des Staates (so Meyer-Anschütz, Lb. des deutschen Staatsrechts, S. 723, dagegen Thoma, HbdDStR, II, S. 127, Anm. 44) definiert wird. Im sozialen Rechtsstaat sind alle Staatsorgane verpflichtet die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten, die Polizei nicht weniger als der Richter.

2) Diese Auffassung wird wohl am häufigsten vertreten. Vgl. z.B. Henkel, aaO., S. 74.

3) Es handelt sich um die "typisch obrigkeitlichen VA" im Sinne Thomas, HbdDStR, II, S. 129. Sie sind in einem zunehmenden justizähnlichen Verfahren im Rechtsstaat geregelt (Thoma, aaO.). Grundsätzlich kann bei den einzelnen Verwaltungszweigen eine fortschreitende Verrechtlichung im Sinne einer Einschränkung des Ermessens festgestellt werden.

4) Gegen das Kriterium des Ermessensbereichs auch Bernatzik schon (aaO., S. 37 ff). Vgl. auch Jesch, aaO., S. 111.

5) vgl. Flume, Steuerwesen und Rechtsordnung, Smend-Festschrift, S. 59 ff

normen höchstens ein Beurteilungsermessen eingeräumt [1]. Gerade bei der Eingriffsverwaltung muß das Kriterium ebenfalls wieder zu unhaltbaren Ergebnissen führen. FLUME selbst führt beim Steuerbescheid die praktischen Folgerungen aus seiner Definition nicht durch [2]. Der gleiche Gedanke kehrt bei der Meinung wieder, nach welcher die Verwirklichung des Rechts bei der Rechtsprechung Selbstzweck, bei der Verwaltung nur Mittel zum Zweck ist [3] oder der Zäsur, welche auf der Unterscheidung von Verhaltens- und Beurteilungsnormen beruht[4]. Der psychologisch richtige Hintergrund der Differenzierung [5] dürfte im konkreten Fall kaum auswertbar sein. Schließlich ist im sozialen Rechtsstaat der Verwaltungsbeamte wie der Richter der materiellen Gerechtigkeit verpflichtet. Auch die These, nach welcher der Richter in die Vergangenheit blickt, der Verwaltungsbeamte in die Zukunft, läßt sich weithin auf den Gegensatz von Gebundenheit und Freiheit, von cognitivem und volititivem Ermessen zurückführen und ver mag daher in den schwierigen Grenzfällen keine sichere Lösungen abzugeben [6].

---

1) vgl. Klein, Steuerwesen und Rechtsordnung, Archiv für Finanzrecht, Bd. 14 (1953/54), S. 7 ff, bes. S. 19. Zum Unterschied von Handlungs- und Beurteilungsermessen vgl. Bachof, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97 ff.

2) vgl. Flume, aaO., S. 83 f. Flume spricht hier aus praktischen Unzuträglichkeiten der Verfassungsnorm (Art. 92 GG) ihre Effektivität ab. Dieses Vorgehen ist bedenklich. Gerade hier hätte es doch nahegelegen zu überprüfen, ob Art. 92 wirklich ein derartiger Rechtsprechungsbegriff zu Grunde liegt, wie Flume meint.

3) vgl. Flume, aaO., S. 76; Menger, System, S. 25 f und die Angaben bei Michel aaO., S. 82 f. Gegen diese Ansicht u. a. Bettermann, VA und Richterspruch, W. Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 368; Jesch, Bindung, S. 110 ff.

4) vgl. Bettermann, aaO., S. 362 ff. Der Gegensatz Verhaltens- und Urteilsnormen bringt das Verhältnis von Urteils- und Handlungsermessen auf der normativen Seite zum Ausdruck (vgl. Bettermann, aaO., S. 367). Urteilsermessen gibt es aber auch bei der Verwaltung, sodaß die Unterscheidung nicht überzeugen kann.

5) vgl. Bötticher, aaO., S. 208

6) Die Passivität kennzeichnet den gleichen Sachverhalt und soll ebenfalls den Richter gegenüber dem Verwaltungsbeamten kennzeichnen. Rumpf leitet sie aus der richterlichen Unparteilichkeit ab (Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14, S. 153, ebenso Bettermann, aaO., S. 372, abw. S. 376 Vgl. auch Küster, Das Gewaltenproblem im modernen Staat, AöR, Bd. 75, S. 408; Gröpl, S. 29; Jesch, aaO., S. 113. Ähnlich ist es, wenn das Handeln als das die Verwaltung auszeichnende Element, das Erkennen als richterliches

Für die rechtsprechende Staatstätigkeit ist die Streitentscheidung typisch [1]. Eine durchgreifende exakte Abgrenzung ist damit aber nicht gefunden. Einerseits gibt es viele Tätigkeitsbereiche, die zu den typischen Aufgaben der Rechtsprechung gezählt werden, obwohl kein Rechtstreit vorliegt[2], andrerseits gibt es besonders in der Verwaltung in mannigfaltiger Weise Streitentscheidungen, welche Art. 92 GG schwerlich insgesamt der Kompetenz des Richters zuweisen wollte [3]. Der Rechtstreit wird häufig mit Geltendmachung subjektiver Rechte definiert [4]. Ob ein Rechtsstreit vorliegt, hängt danach davon ab, wie das materielle Recht seine Rechtssubjekte miteinander in Beziehung bringt [5]. Die Gewährung von Rechten ist aber in gewissem Umfang in das Ermessen des einfachen Gesetzgebers gestellt [6]. Über den Begriff des Rechts und Rechtsstreits gerät also der Begriff der Rechtsprechung in eine unzulässige Akzessorietät zu unterverfassungsmäßigem Recht. Gegen das Kriterium der Streitentscheidung spricht auch, daß die abstrakte Normenkontrolle, welche nach der Gewaltenteilung zur Rechtsprechung gehören

---

Element bezeichnet wird (Laband, aaO., III, S. 375; Flume, aaO., S. 75).

1) Bötticher, aaO., S. 207; Kern, HbddStR, II, S. 475; Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, Thoma-Festschrift, S. 27 f; Rumpf, aaO., S. 136 ff, 155 ff; Peters, Die Gewaltentrennung im modernen Staat, S. 6; Loppuch, aaO., S. 1128; Jesch, aaO., S. 113; Gröpl, S. 143; Ule, VerwGO, § 42, Erl. IV, 3, a (S. 126); H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I (2. Auflage), S. 65. Gegen das Kriterium der Streitentscheidung sind Bernatzik, aaO., S. 56 ff; Müller-Tochtermann, aaO., S. 4 f; Hamann, GG, Art. 92, Bem. C (S. 328) und Einführung I, C, 7, b (S. 54). Bernatzik glaubt, die Aufnahme des "Rechtsstreits" in den Rechtsprechungsbegriff würde es der Disposition der Parteien überlassen, ob Rechtsprechung vorliegen würde. Die Argumentation Bernatziks ist überspitzt. Die Parteien können selbstverständlich sogar die richterliche Zuständigkeit überhaupt ausschließen, indem sie einfach keinen Streit beginnen!

2) Erwähnt werden mag das Beweissicherungsverfahren nach § 485 ff ZPO, das Zwangsvollstreckungs- u. das Entmündigungsverfahren. Weitere Beispiele bei Gröpl, S. 107 ff, Rosenberg, aaO., S. 33, Menger, System, S. 33, Graeber, Das Wesen des "richterlichen" Geschäfts, DRiZ, 1955, S. 8. Zur Problematik beim Strafverfahren vgl. Friesenhahn, aaO., S. 44; E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, S. 586.

3) Erinnert sei an die streitentscheidenden VA (vgl. Schüle, Der streitentscheidende VA, Speyerer Beiträge, 1957, S. 277 ff). Besonders umstritten ist der Charakter der Akte streitentscheidender Spruchausschüsse (vgl. BVerfGE 2, S. 380; BVerwG, DVBl. 1954, S. 17; Gröpl, S. 134).

4) vgl. Bernatzik, aaO., S. 54, Friesenhahn, aaO., S. 36 und besonders Gröpl, S. 51 ff

5) vgl. Friesenhahn, aaO., S. 36 f

6) Zur Freiheit des Gesetzgebers in der Schaffung von Rechten und Rechtsverhält-

muß [1], höchstens mittelbar als Streitentscheidung bezeichnet werden kann.

Aus dem Sinn der Streitentscheidung läßt sich die "Dreipoligkeit" des Rechtsprechungsverfahrens folgern. Der Richter entscheidet als "Unbeteiligter" in "fremder" Sache [2]. Das Unbeteiligtsein ist eine Eigenschaft oder Beziehung des Akturhebers. Die Definition gerät damit in einen logischen Zirkel. Der Begriff der Rechtsprechung ist nämlich von den Qualitäten des entscheidenden Organs abhängig gemacht, während sich doch gerade aus dem Inhalt der Tätigkeit ergeben müßte, welches Organ mit welchen Eigenschaften gemäß Art. 92 GG kompetent wäre [3]. Das eigentliche Dilemma der Begriffsbildung scheint darin zu liegen, daß die formellen, verfahrensrechtlichen Beziehungen des entscheidenden Organs zugleich den Charakter der erlassenen Akte materiell prägen. Es ist eben ein Unterschied, ob derselbe Akt von einem Unbeteiligten oder z. B. von der Verwaltungsbehörde in eigener Sache erlassen worden ist. Nimmt man bei der Definition der Rechtsprechung also Bezug auf die Stellung des erlassenden Organs, oder verwendet man nach THOMA das angewendete Verfahren als zusätzliches Kriterium [4], so sind formelle Elemente im Begriff enthalten. Diese ergeben sich

---

nissen vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 15. 1. 1952, AS, Bd. 5, S. 418 ff (420 f) und Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, W. Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 303 ff und S. 299 f.

1) Nach Friesenhahn ist weder die abstrakte noch die konkrete Normenkontrolle ein Rechtsstreit (Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZSR, 1954, S. 140). Hamann (GG, Einf., D, 7, b, S. 54) zählt die Normenkontrolle zur Rechtsprechung, obwohl er sie nicht als Streitentscheidung qualifiziert; vgl. auch Gröpl, S. 144.

2) Bötticher, aaO., S. 207; Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem GG und den westdeutschen Landesverfassungen, Thoma-Festschrift, S. 27; Bettermann, aaO., S. 375; LVG Rheinland-Pfalz, DVBl. 1953, S. 78 ff = NJW 1953, S. 317 ff m. Anm. Bachof; Müller-Tochtermann, aaO., S. 5; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I (2. Aufl.), S. 65; Gröpl, S. 53, 70; Jesch, Bindung, S. 133; Wengler, Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht, S. 44 f; Hamann, GG, Art. 92, C, 1. Allerdings wird dem "Unbeteiligtsein" nicht immer die gleiche Bedeutung beigemessen (vgl. Gröpl, S. 29, 75 ff). Gröpl (S. 77) weist zutreffend darauf hin, daß dieses Merkmal nicht ohne formelle Elemente bestimmt werden kann.

3) Loppuch (aaO., S. 1128) ist der Ansicht, daß die Unabhängigkeit des entscheidenden Organs nicht auf die Qualität des von ihm erlassenen Aktes Einfluß hat.

4) vgl. Thoma, HbdDStR, II, S. 108 ff (124 f). Diese Theorie war besonders früher sehr verbreitet (vgl. Wintrich, Aufgaben, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Nawiasky-Festschrift, S. 203; Scheuner, Der Bereich der Regierung, Smend-Festschrift, S. 278, Anm. 66; OVG Lüneburg, Urt. v. 28. 9. 51, AS,

meist aus unterverfassungsgesetzlichen Normen, womit letztlich also doch wieder der einfache Gesetzgeber bestimmt, was Rechtsprechung ist. Bei der Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens im öffentlichen Recht werden diese Zusammenhänge am ehesten deutlich.

Der Versuch einer materiellen Rechtsprechungsdefinition ist damit noch nicht gescheitert. Art. 92 GG wollte sicherlich den Bereich der Rechtsprechung nicht revolutionär umformen, so daß etwa Steuerbescheide oder die streitentscheidenden VA insgesamt vom Richter erlassen werden müßten. Andrerseits muß aber die überragende Funktion der Gewaltenkontrolle in der neuen Verfassung auch in der Rechtsprechungsdefinition zum Ausdruck kommen. Der Bereich der Rechtsprechung bestimmt sich daher nach traditionell-überkommenen Gesichtspunkten [1], sowie nach den Erfordernissen einer wirksamen Gewaltenkontrolle [2]. Beim traditionellen Element ist typisch, daß ein unbeteiligter Dritter einen Rechtsstreit durch Rechtsanwendung entscheidet. Mit dieser historischen Einklammerung sind auch die erwähnten formellen Elemente materiell umgeformt [3].

Bd. 5, S. 347 ff). Ähnlich wie Thoma das BVerfG, Beschl. v. 30. 11. 1955, NJW 1956, S. 97; Anklänge auch bei H. J. Wolff, aaO., S. 65. Kritik an Thoma üben Menger, System, S. 37 und besonders Friesenhahn, aaO., S. 21 ff. Thoma selbst war sich darüber im klaren, daß seine Definition nicht frei von formellen Elementen ist (Thoma, aaO., S. 129). Ähnlich formell ist die Auffassung Matterns, der einen Rechtstreit dann annimt, wenn die äußere Gestaltung des Verfahrens als Parteiprozeß erfolgt (StuW 1950, Sp. 354 ff (359)).

Wenn Gröpl (S. 3) der Auffassung ist, eine formelle Formulierung des Rechtsprechungsbegriffs könne angesichts des Art. 92 GG wenigstens den Sinn haben, daß der nach dem geschriebenen Recht im Zeitpunkt des Inkrafttretens des GG den Gerichten übertragene Aufgabenbereich von Verfassungs wegen nunmehr den Richtern anvertraut bleiben soll, so verkennt er, daß damit bereits ein materieller Rechtsprechungsbegriff festgelegt ist, der nur zur Zeit des Inkrafttretens des GG mit dem formellen identisch gewesen ist.

1) vgl. Bernatzik, aaO., S. 49 f; Thoma, aaO., S. 133; Maunz-Dürig, GG, Bem. III, 2, a zu Art. 19 IV GG

2) Historische Anklänge und Argumente aus der Gewaltenkontrolle sind auch bei Bettermann, aaO., S. 370 zusammengefaßt. Durch eine ähnliche Kombination teleologischer und traditioneller Gesichtspunkte versucht Werhahn den Gegenstand der Gesetzgebung zu analysieren (Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 45; vgl. auch OVG Münster, Urt. v. 23. 7. 51, AS, Bd. 5, S. 84 ff).

3) Rechtsprechung ist also der traditionelle Aufgabenbereich des Richters, erweitert durch die Erfordernisse der Gewaltenkontrolle. Für die traditionelle Sphäre ist die Streitentscheidung durch einen Unbeteiligten kennzeichnend. Damit ist allerdings mehr ein Ausgangspunkt als eine Patentlösung für Grenzfragen ge-

Wendet man dies Ergebnis auf den GA an, so zeigt sich, daß kein Grund ersichtlich ist, ihn als Richterspruch zu qualifizieren. Die Gewaltenkontrolle erfordert keine Zuweisung zur Justiz. Die überkommene Auffassung, welche auch i in Art. 60 II GG einen Niederschlag gefunden hat, rechnet den GA zur Exekutive. Das Verfahren ist herkömmlich nicht dreipolig. Für einen VA spricht auch das weite Handlungsermessen des Gnadenträgers. Die Gnadenbehörde ist nicht wie der Richter auf eine rückblickende Beurteilung beschränkt - hinzuweisen ist auf die Möglichkeit der Zweckmäßigkeitsbegnadigung - . Der GA muß daher zu den VA [1], genau genommen zu den gestaltenden [2] Justiz-[3], bzw. Finanzverwaltungsakten gerechnet werden.

II. Ist der GA ein Regierungsakt ?

1. Der Bereich der Regierung

Die aufgeworfene Frage zielt auf eine engere Qualifikation des GA durch seine Einordnung in eine besondere Gruppe von Exekutivakten [4], die man mit Re-

---

schaffen. Im aufgezeigten Rahmen sind auch die anderen Argumente, wie die Passivität des Richters, gebührend verwertbar.

1) Laband, aaO., III, S. 507; Hatschek, Deutsches und preußisches Staatsrecht, S. 652; v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 75; Heiman, Die Begnadigung, S. 56; Pralle, S. 7; Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 59; Förster, Zur Neuordnung des Gnadenwesens, JR 1950, S. 609; Junker, Über Gnadenwesen, ZStrW, Bd. 63 (1951), S. 433; Sczostak, Gerichtsfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 448, Anm. 83; Felix, Anm. zum Bescheid des BFH v. 23. 3. 1955 und zum Urt. d. BFH vom 6. 7. 1955, BB 1955, S. 1047; Löwe-Rosenberg, Vorbem. 11a vor § 12 GVG, hält den GA sogar unstreitig (!) für einen VA. Aus der Rechtsprechung mögen erwähnt werden RGStr., Bd. 58, S. 254; RFH, Bd. 14, S. 174 RGStr., Bd. 58, S. 265; OLG Oldenburg, Beschl. v. 24. 2. 1950, NJW 1950, S. 474 mit Anm. Schmidt-Leichner; so auch das preußische Strafvollstreckungs- und Gnadenrechtsgesetz vom 1. 8. 33 im § 42.

2) Der GA ist nach Pralle "konstitutiver Natur" (Pralle S. 23). Ähnlich handelt es sich etwa bei den Prüfungsentscheidungen um rechtsgestaltende VA, weil die öffentliche Rechtstellung des Betroffenen unmittelbar durch sie gestaltet wird (vgl. LVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 22. 4. 52, DVBl. 1953, S. 78 ff (79)).

3) vgl. v. Bar, S. 459; Ad. Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 247; Kern, HbdDStR, II, S. 476; RFH, Bd. 14, S. 169 ff (172). Im kanonischen Recht ist der GA ein typischer Akt der freiwilligen Verwaltung (Eichmann-Mörsdorf, Lehrbuch des Kirchenrechts, III. Bd., S. 355).

4) Die Absonderung eines Regierungsbereichs bildet eine Zäsur nur innerhalb der

gierungsakten oder, negativ formuliert, mit "Justizfreien Hoheitsakten" schlagwortartig kennzeichnet [1]). Hierfür ist eine Definition, mindestens eine Wesenserkenntnis des Regierungsaktes, erforderlich, unter welche der GA subsumiert werden kann. Diese kann von zwei Ausgangspunkten her dargestellt werden. Einmal durch den Versuch, innerhalb der Exekutive einen besonderen Bereich der Regierung gegenüber der Verwaltung abzugrenzen. Daraus würde sich dann eine grundsätzliche Sonderbehandlung der Regierungsakte gegenüber den übrigen VA, u. a. auch bei der gerichtlichen Nachprüfung, nahelegen. Zum anderen durch eine Definition lediglich von der Eigenschaft der Justizfreiheit gewisser VA her. Impliziert im ersten Fall die Justizlosigkeit eine umfassende Trennung des Exekutivbereichs in Regierung und Verwaltung, so beschränkt sich im zweiten Fall die Bedeutung des Regierungsakts in der Exemtion einer Verwaltungsaktgruppe von der Gerichtskontrolle [2]). Die weitere Fragestellung ist vor der engeren zu untersuchen, wobei nicht verkannt wird, daß sich die Problematik gegenseitig durchdringt.

Exekutive (Helfritz, Allgemeines Staatsrecht, S. 115; H. Kipp, Mensch, Recht und Staat, S. 228; Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 2).

1) Die Termini Regierungsakt und Justizfreier Hoheitsakt werden hier synonym verwendet. Meist wird der erstere als Unterfall des zweiten angesehen (Sczostak, Gerichtsfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 446). Solange bezüglich dieser Begriffe eine einheitliche und eindeutige Terminologie nicht besteht (Loening, Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1951, S. 234) ist es indes nicht überzeugend, von einem festen Verhältnis zwischen Regierungsakt und Justizfreiem Hoheitsakt auszugehen.

2) Der GA wird als Regierungsakt angesehen von Funcke, S. 8; Laband, Das Gnadenrecht in Finanzsachen nach preußischem Recht, AöR, Bd. 7, 1892, S. 194; Loening, Das Begnadigungsrecht und die Ministerverantwortlichkeit, DJZ 1892, S. 429; Adolph, S. 45; v. Bar, S. 475; der französischen Doktrin bis zum Fall Gombert im Jahre 1947 (vgl. Rumpf, Regierungsakte, S. 61); Kern, Das Begnadigungsrecht des Bundes, JR 1949, S. 369; Loening, Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1951, S. 234; Menges, S. 2; OLG Stuttgart, Beschl. v. 6. 2. 1950, NJW 1950, S. 275; A. Koehler, VerwGO, § 42, A, VI (S. 264). Von einer Regierungshandlung sprechen G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 617; Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, S. 289; Schlegel, Regierungsakte und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 8. Eb. Schmidt bezeichnet den GA dann als Regierungsakt, wenn der Aktautor ein Regierungsorgan ist (HbdDStR, II, S. 566), Heiman dann, wenn die Begnadigung dem Staate zugute kommen soll (Heiman, S. 60 - damit sind wohl die Zweckmäßigkeitsbegnadigungen angesprochen -). Der Regierungsaktbegriff ist nicht nur heute kontrovers, sondern hatte auch früher eine andere Bedeutung als heute, was bei der Wertung der älteren Literaturangaben beachtet werden muß. Als justizloser Hoheitsakt wird der GA angesehen vom OVG Münster, Beschl. v. 21. 4. 53,

Die Abgrenzung eines besonderen Regierungsbereichs stellt sich weniger als eine Frage der jeweiligen Verfassung, als der jeweils bei der Abgrenzung verwendeten Methode dar. Deshalb können die Theorien über den Regierungsbereich seit der konstitutionellen Frühzeit Berücksichtigung finden [1].

a) Die normativistische Lehre

Die Reine Rechtslehre hat eine folgerichtige Stufenfolge der Staatsfunktionen entwickelt [2]. Von der Verfassung bis zum Vollstreckungsakt sind die Staatsfunktionen gegenseitig bedingt. Akte der Zwischenstufe sind delegierend und vollziehend zugleich [3]. Diese durchgehende Relativität des Richtunggebens und Richtungnehmens [4] erlaubt keine Abgrenzung der Regierung von der übrigen Verwaltung als Oberleitung des Staatsganzen.
Bei jeder Staatshandlung ist nur die Relation zum Rechtsstaat rechtserheblich. In Bezug auf das Ermessen unterscheiden sich also sämtliche Staatsakte nicht prinzipiell, sondern nur graduell [5]. Wird aber die sich innerhalb der gesetzlichen Schranken verwirklichende Staatstätigkeit als juristisch irrelevant und unqualifiziert ausgeschieden [6], so kann eine Zäsur zwischen Regierung und Verwaltung nur unmittelbar durch das positive Recht selbst erfolgen [7]. Eine formelle Abgrenzung nach dem Aktautor ist nicht möglich, da auch die Regierung

---

NJW 1953, S. 1240; vom OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1. 7. 58, JZ 1959, S. 59; Leise, Steuergerichtliche Nachprüfbarkeit von Gnadensachen, NJW 1953, S. 1090; Löwe-Rosenberg, Vorbem. 16, d zu § 12 GVG; Dalcke, Strafrecht und Strafverfahren, Vorbem. zu D, 4, S. 1528.

1) Der Regierungsbegriff hat damals das Ganze der Wirksamkeit des Staates umfaßt und wurde in der Folgezeit immer mehr bis zu seiner heutigen Bedeutung eingeschränkt (Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 2; Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 45; Mohrs, Der gerichtsfreie Hoheitsakt im Rechtsstaat, S. 58).

2) Im modernen rechtsstaatlichen Verfassungsrecht zeichnet sich diese Stufenfolge besonders deutlich ab (vgl. Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrecht, S. 114, 297 f). An der Reinen Rechtslehre wird vor allem die Gleichsetzung von Ermächtigungs- und Sachnorm (besonders augenfällig bei Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 500 f) kritisiert (Carl Schmitt, Die Hüter der Verfassung, 1931, S. 9, Anm. 2; Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 49; Rumpf, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDSt RL 14, S. 154).

3) Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 173

4) Merkl, aaO., S. 47

5) Kelsen, aaO., S. 507. Dementsprechend unterscheiden sich die das Verwaltungsorgan bindenden Normen nur nach Quantität, nicht nach Qualität (Merkl, aaO. S. 56).

6) Kelsen, aaO., S. 496

7) Merkl, aaO., S. 55

einfache VA erläßt. MERKL faßt im Begriff der Regierung alle Verwaltungsfunktionen zusammen, die in den Wirkungskreis höchster, von anderen Verwaltungsorganen unabhängiger Verwaltungsbehörden gestellt sind [1]. Indes ist auch dies formale Kriterium für eine Abgrenzung deshalb nicht geeignet, weil sich relative Unabhängigkeit nicht nur bei der Regierung, sondern ebenso in der mittelbaren Staatsverwaltung findet. Besonders ausgeprägt ist sie im ministerialfreien Raum [2]. Wenn KELSEN die richtunggebende Tätigkeit oberster Verwaltungsorgane als das Moment bezeichnet, welches in erster Linie innerhalb der Verwaltung einen besonderen Bereich der Regierung hervortreten läßt [3], so widerspricht das seinem dogmatischen Ausgangspunkt. Bezeichnet man nämlich nur die Relation zum Rechtssatz und nicht den Zweck einer Handlung für juristisch erheblich [4], so kann dem Inhalt eines Aktes keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden, sofern nicht eine bestimmte positive Regelung vorliegt. Vom Rechtssatz her läßt sich aber keine Unterscheidung zugunsten einer richtunggebenden, obersten Staatstätigkeit treffen. LENZ, der zwar nicht direkt Bezug auf die Wiener Schule nimmt, dessen Arbeit sich aber durchgehend der Reinen Rechtslehre verpflichtet fühlt, konkretisiert sinngemäß die Lehre KELSENS. Regierung soll danach diejenige Staatsfunktion sein, "die im Rahmen der verfassungsmäßigen Ermächtigungsnormen den Richtlinienrahmen staatszielbestimmender politischer Gestaltungsgrundsätze der Verfassung durch den situationsentsprechenden Einsatz der staatlichen Entscheidungsgewalt zu konkretisieren hat" [5]. Nicht nur, daß in

---

1) Merkl, aaO., S. 57 f

2) vgl. von der Groeben und Thierfelder, Mitwirkung von Ausschüssen in der staatlichen Verwaltung, Verw. Arch., Bd. 49 (1958), S. 237; Hellmuth Loening, Der ministerialfreie Raum in der Selbstverwaltung, DVBl. 1954, S. 173 ff. Zur verfassungsrechtlichen Problematik dieser relativen Unabhängigkeit von Verwaltungsbehörden vgl. BVerfG, Urt. v. 27. 4. 1959, MDR 1959, S. 907 f; dazu Vogel, Das BVerfG zum Bremer Personalvertretungsgesetz - Probleme der Gewaltenteilung, Der Regierungsverantwortung und der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, MDR 1959, S. 894 ff. Das Gewaltenteilungsprinzip wird in diesem Zusammenhang oft etwas überspitzt (vgl. Bachof, Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz, S. 46 ff). Die Argumentation des BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip ist daher der Anwendung des Gewaltenteilungsprinzips durch Vogel vorzuziehen.

3) Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 246

4) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 494

5) Lenz, S. 82 f, 72 f. Der Gedanke ist der Sache nach auch schon in der französischen Doktrin erörtert worden (Rumpf, Regierungsakte, S. 86).

dieser Formulierung soziologische und dezionistische Elemente, besonders das von LENZ selbst angegriffene Moment des Politischen, enthalten sind, sondern die Regierung als Vollzugsfunktion einer bestimmten Kategorie von Verfassungssätzen, ist auch kein unterscheidendes Merkmal gegenüber der übrigen Verwaltung. So sind etwa die Grundwertentscheidungen der Verfassung wie der Gleichheitssatz, selbst von den untersten Stufen der Verwaltungshierarchie zu konkretisieren [1]. Der Versuch von der Norm her eine Zäsur zwischen Regierung und Verwaltung zu begründen, kann daher nicht als geglückt angesehen werden.
Teilt man nicht die streng formale Betrachtungsweise der Reinen Rechtslehre, so legt sich eine Unterscheidung der Exekutivakte ihrem Inhalt nach nahe. Der Positivismus baut den Unterschied von Regierung und Verwaltung besonders auf dem Ermessen auf. Nach FLEINER soll es sich um Vollziehung handeln, wenn das ausführende Staatsorgan lediglich den Willen des Gesetzgebers verwirklicht, dagegen Regierung, wenn es seinen eigenen Willen durchsetzt [2]. Aus den von FLEINER angeführten Beispielen läßt sich entnehmen, daß auf diese Weise ein oberer Regierungsbereich von der übrigen Verwaltung abgegrenzt werden soll [3]. Der Zusammenhang des Arguments mit dem Verhältnis von Freiheit und Gebundenheit der Verwaltung ist deutlich. Einen eigenen Willen kann das Staatsorgan nämlich nur verwirklichen, wenn es Ermessen hat, soweit eine gesetzliche Bindung besteht, bleibt es bei der reinen Vollziehung. Wie FLEINER spiegelt auch G. JELLINEK den Ermessensraum des Gesetzes im subjektiven Handeln des Staatsorgans: die Regierung ist freie, nicht durch Gebote oder Verbote bestimmte Tätigkeit, die auf die zweckmäßige Erledigung staatlicher Aufgaben gerichtet ist. Nun sind aber bei G. JELLINEK Regierung und Vollziehung nicht verschiedene Instanzen, sondern nur "subjektive Momente", die praktisch in jedem VA vorhanden sein können [4]. Bedenkt man, daß einerseits gerade in der gegenwärtigen

---

1) vgl. v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 3, Erl., II, 6
2) Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 4; Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, S. 29; Kipp, Mensch, Recht und Staat, S. 228; Schlegel, Regierungsakte und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 9.
3) So auch Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 2. Ähnlich wie Fleiner F. J. Stahl, Rechts- und Staatslehre, 2. Abt., S. 193 f. Der Verweis von G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 221, Anm. 5, auf F. J. Stahl ist daher mißverständlich.
4) G. Jellinek, aaO., S. 220 f; ders., Allgemeine Staatslehre, S. 612, 619; Thoma, HbdDStR, II, S. 109, Anm. 3; Helfritz, Allgemeine Staatslehre, S. 115, Anm. 1. Zur Bindung des Regierungsbereiches vgl. auch H. J. Wolff Verwaltungsrecht I (2. Aufl.), S. 62.

Verfassungssituation die Regierung im formellen Sinne vielfachen rechtlichen Bindungen unterworfen ist, andrerseits aber auch die untersten Verwaltungsinstanzen innerhalb ihrer Kompetenzen nicht selten einen weiten Ermessensspielraum haben, so kann man ähnlich wie G. JELLINEK gegen FLEINER die Abgrenzung eines oberen Regierungsbereichs von der Verwaltung auf Grund des Ermessens nicht als gelungen ansehen [1]. OTTO MAYER begreift die Regierung als tatsächliche Funktion, findet aber keine Möglichkeit sie systematisch einzuordnen [2]. Um für gewisse Exekutivtätigkeiten, die er offenbar nicht den Regeln des Verwaltungsrechts unterstellen möchte, den Ausschluß aus dem Verwaltungsbereich zu begründen, konstruiert er den Begriff der "verfassungsrechtlichen Hilfstätigkeiten" [3]. Sie sollen jenseits des Punktes liegen, wo der fertige Staat, zu dessen Herstellung sie erforderlich sind, beginnt. Ein fertiger kann aber nicht einem unfertigen Staat gegenübergestellt werden, vielmehr zeichnet sich das ganze Staatsleben durch eine gewisse Dynamik aus. Soweit der Staat funktioniert, ist er aber auch fertig [4]. Ferner versucht OTTO MAYER, alle die Staatshandlungen aus dem Begriff der Verwaltung auszuklammern, bei denen der Staat aus der Rechtsordnung heraustritt. Weshalb aber soll überhaupt ein rechtsfreier Raum vorliegen ? Wäre ein solcher in der rechtsstaatlichen Ordnung denkbar ? Die eigentlichen Fragen sind durch die Annahme rechtsfreier Räume nur verschoben. Die Ausgrenzung eines verwaltungsrechtsfreien Raums, in den man auch den Bereich der Regierung einordnen könnte, kann daher auch nicht über die Hilfskonstruktionen OTTO MAYERS vorgenommen werden [5].

---

1) Der Ermessensbegriff wird auch auf die staatsleitende Tätigkeit angewendet (vgl. Entsch. des StGH v. 23. 3. 1929, zit. nach Lammers-Simons, Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes, Bd. 2, S. 51; Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, S. 41; Lenz, S. 95 ff; Mohrs, S. 55 f, 66). Vor einer Übernahme verwaltungsrechtlicher Begriffe in den Verfassungs- und Regierungsbereich Bedenken bei Scheuner, Der Bereich der Regierung, Smend-Festschrift, S. 282, Anm. 73, und Bachof VVDStRL 9, S. 118 (Diskussionsbeitrag).

2) Regierung ist "Oberleitung des Ganzen, das einheitliche Richtunggeben für die Geschicke des Staates und die Kulturentwicklung im Innern", aber sie ist selbst keine wirksame Staatstätigkeit und "kommt hier weiter nicht in Betracht" (Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 3).

3) Den Begriff verwendet auch Thoma, aaO., S. 109. Die verfassungsrechtlichen Hilfstätigkeiten werden nun unter den Begriff der Verfassung rubriziert (Forsthoff, Lehrbuch, S. 8; Menges, Der Rechtsschutz gegen Regierungsakte, S. 36).

4) Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 48

5) Daß die Unterscheidung zwischen Staatsleitung oder Regierung und Vollziehung positivistisch nicht erfaßbar ist, räumen auch Kägi (S. 14 f) und Scheuner (Der Bereich der Regierung, Smend-Festgabe, S. 260 f) ein.

b) Die soziologisch orientierte Methode

Die moderne Lehre vom besonderen Regierungsbereich innerhalb der Exekutive beruht weithin auf soziologischen Fundamenten. L. von STEIN wird als Klassiker dieser Lehre betrachtet [1]. Nach ihm ist Regierung [2] ein innerer Vorgang, ein den Geist der Verwaltung bildender Prozeß. Der Zweck dieses Prozesses ist, die Gesamtinteressen so mit den Sonderinteressen zu harmonisieren, daß die Entwicklung des einen von der Entwicklung des anderen abhängig wird [3]. Wenn deshalb, wie es häufig geschieht, der Regierungsbegriff v. STEINS zur Stützung der These, wonach die Regierung die politische Oberleitung des Staates darstellt, herangezogen wird, so ist das mindestens mißverständlich [4]. Regierung ist nämlich nach v. STEIN der "Geist des Staates", der an sich autonom ist und sogar mit der Oberleitung des Staates in Konflikt geraten kann, wenn diese ihre Sonderinteressen

---

1) Forsthoff, Lehrbuch, S. 10; Herb. Krüger, Der Regierungsakt vor den Gerichten, DÖV 1950, S. 529; Mohrs, S. 38 f; Lenz, S. 56; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I (3. Aufl.), S. 62

2) Bei v. Stein sind drei Regierungsbegriffe zu unterscheiden. Regierung im umfassendsten Sinne ist der "persönliche und damit einheitliche Organismus der Vollziehenden Gewalt des Staates, gegenüber der Selbstverwaltung und dem Vereinswesen" (Handbuch der Verwaltungslehre, S. 94 f); Verwaltungslehre, S. 133). Diese Regierung im weiteren Sinne glieder v. Stein in Staatsoberhaupt und Regierung im eigentlichen Sinne (Verwaltungslehre, S. 135) auf.

3) v. Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, S. 95 f. Nach Kant ist das Recht der "Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann" (Kant, Metaphysik der Sitten, § 13, S. 34 f). Dieses Denken schimmert bei von Stein auf öffentlich-rechtlichem Gebiet durch, wobei die Funktion des Rechts die Regierung mit übernimmt und so Individual- und Gemeininteressen in ein Verhältnis gegenseitiger Förderung bringt.

4) Meist wird aus v. Stein wie folgt zitiert: "Das Wesen der Regierung ... besteht darin, daß sie den Geist und den Willen der gesetzgebenden Gewalt in der vollziehenden Tätigkeit des Staatsbürgers zur Geltung bringt" (siehe Forsthoff, Lehrbuch, S. 16). Mit dieser Formulierung wollte v. Stein nur die Regierung von der rein königlichen Herrschaft abgrenzen (v. Stein, Verwaltungslehre, S. 197 f) nicht aber - wie etwa der Zusammenhang bei Forsthoff den Anschein erweckt - die Regierung von der Verwaltung (Kritik an Forsthoff auch bei Menges, aaO. S. 31, welcher aber zu Unrecht in der Unterscheidung von Behörden- und Ministerialsystem bei von Stein einen Ansatzpunkt der Differenzierung von Regierung und Verwaltung im heutigen Sinne sieht).

zu Gemeininteressen zu stempeln sucht[1]. Ergibt sich so die Regierung als ein die gesamte Verwaltung erfüllender Geist, so wird deutlich, daß keine Zäsur innerhalb der Exekutive möglich ist, die eine besondere Regierungssphäre kennzeichnen könnte.

Die wichtigste Wurzel der gegenwärtig herrschenden Regierungsauffassung[2] ist die Integrationslehre. Nach ihr kann es nicht allein dem Zusammenspiel der verschiedenen Staatsgewalten überlassen bleiben, ob sich aus dessen Resultante die erwünschte staatliche Wesensbestimmung und Wesensdurchsetzung ergibt. Dafür stellt sie eine eigenständige Staatstätigkeit heraus, die Regierung[3]. Ein solch spezifischer oberster Integrationsträger widerspricht aber dem Sinne der rechtsstaatlichen Verfassung. Die Gewaltenteilung verteilt auch die staatliche Wesensbestimmung und als Gewaltenbalance kann sie keineswegs durch das Postulat einer leitenden Integrationsfunktion ausgeschaltet werden. Hinzu kommt, daß selbst auf dem Boden der Integrationslehre es kaum möglich ist, den Regierungsbereich klar von der Verwaltung zu sondern. SMEND leugnet nicht, daß auch Verwaltung und Justiz zur staatlichen Integration beitragen [4]. Damit erweist sich die Integration nicht als qualitative Auszeichnung der Regierungssphäre gegenüber der übrigen Exekutive. Als Abgrenzungskriterium wird deswegen das Moment des Politischen herangezogen[5], eine Formel, die man durch das "Staatspolitische" mitunter schärfer zu fassen versucht[6]. Die Vieldeutigkeit des "Politischen"[7], welches

1) von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, S. 96 f

2) Für einen besonderen Regierungsbereich treten ein Scheuner, Der Bereich der Regierung, Smend-Festgabe, S. 254; Jesch, Bindung, S. 19; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I (2. Aufl.), S. 60; weitere Angaben bei Mohrs, S. 39, Anm. 3. Zum Einfluß der Integrationslehre auf die Doktrin vgl. besonders Forsthoff, S. 16 und Menges, aaO., S. 41. Als Gegner der Lehre vom besonderen Regierungsbereich mögen erwähnt werden H. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 8; Bettermann, Anm. zum Urt. d. OLG Köln v. 19. 11. 1951, DVBl. 1952, S. 313.

3) Smend, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform, Kahl-Festgabe, S. 16; ders., Verfassung und Verfassungsrecht, S. 102 f.

4) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 30. Das ist bei Lenz übersehen (vgl. Lenz, S. 56 f). Wie Smend in diesem Punkte auch Peters, aaO., S. 8 f.

5) Scheuner, aaO., S. 276, 272

6) Obermayer, Generalklausel, Bayer. Ver. Bl. 1955, S. 173; Lerche, Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1954, S. 626 ff; BVerwG, Urt. v. 26. 3. 55, BVerwGE 2, S. 36 ff (38); Sczostak, Gerichtsfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 446

7) vgl. Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, S. 44 f, Anm. 73; Rumpf, Regierungsakte, S. 32 ff; Wengler, Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht, S. 7. Den bisher umfassendsten Versuch einer Definition der Politik hat Carl Schmitt in "Der Begriff des Politischen" unternommen. Die eigentlich politische Unterscheidung ist nach ihm die von Freund und Feind. Diese Bestimmung hat in der philosophischen Anthropologie Widerspruch ausgelöst (Wehrhahn, Das

inhaltlich von seiner jeweiligen konkreten Verwendung abhängig ist [1], ermöglicht keine eindeutigen Begriffsbildungen. SCHEUNER beschreibt das Politische mit der "obersten Zielsetzung, der Selbstbestimmung des Staates". Wird nun der Regierungsbereich mit staatlicher Wesensbestimmung definiert, so läßt sich daraus unschwer ableiten, daß der Bereich der Politik mit dem Bereich der Regierung identisch sein muß [2]. Somit zeigt sich, daß der schillernde Begriff des Politischen nicht nur unklar, sondern auch eine entbehrliche Zwischenkonstruktion ist. Das Politische stellt sich mit Vorliebe da ein, wo ein Gegensatz zum Rechtlichen, der noch nicht klar erkannt ist, konstruiert wird [3]. In der Nachkriegsliteratur wird allerdings diese Folgerung, welche der Regierung eine rechtsfreie Funktion zubilligt, nicht mehr gezogen [4], so daß das antirechtsstaatliche Wesen der Regierungsauffassung der Integrationslehre nicht mehr so deutlich hervortritt.

Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15 (1957), S. 43). Grundsätzlich muß man wohl unterscheiden, ob die Lösung einer Frage politisch bedeutsam ist, oder ob sie selbst von politischen Bewertungen abhängig ist. Beidesmal kann die Entscheidung als politische bezeichnet werden (vgl. Thoma, VVDStRL 5, S. 107 f (Diskussionsbeitrag); Spanner, Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, S. 43 ff; ähnlich Bachof, Rechtsweg, Parteifähigkeit, Prozeßführungsrecht und Sachlegitimation im Verfassungsrecht, AöR 79 (1953/54), S. 115, Anm. 10). Maunz nennt es ein noch nirgends gelungenes Unterfangen, eine politische von einer unpolitischen Sphäre abzusondern (Besprechung des Urt. des VGH Freiburg v. 5. 11. 52, Verw. Rspr., Bd. 5, S. 859). Vgl. auch Grewe, Zum Begriff der politischen Partei, E. Kaufmann-Festgabe, S. 78; Mohrs, S. 41.

1) So ist im GG der Begriff der Politik nicht immer in gleicher Bedeutung verwendet (vgl. Schlegel, aaO., S. 44 und Art. 3 III, 16 II 2, 21 I, 59 II, 65, 116 II G

2) Wenn dann noch Politik gleich Macht gesetzt wird, ist die Regierung als Garant "sinnfremden und richtungslosen staatlichen Machtdrangs" etabliert (Lenz, S. 59).

3) Helfritz, Allgemeine Staatslehre, S. 25 f, welcher Politik nur als formale Methode des Denkens ansieht. Die gegenseitige Durchdringung von Recht und Politik betonen Reuscher, Zum Verfahren bei Ermessenseinbürgerungen nach dem Staatsangehörigkeitsgesetz, DÖV 1956, S. 563 ff; Wintrich, Aufgaben, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Nawiasky-Festschrift, S. 202; Engisch, Der rechtsfreie Raum, ZStW, Bd. 108 (1952), S. 396; besonders aber Triepel, Staatsrecht und Politik, S. 33; ders., Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 5, 7.

4) Es geht nur noch um den Ausschluß der Gerichtskontrolle im politischen Bereich, nicht mehr um die Negierung des Rechts (vgl. Schneider, aaO., S. 32; Scheuner, aaO., S. 256, Anm. 7).

Sowenig wie das Politische kann das Merkmal der "Oberleitung" die Regierung abgrenzen [1]. In der Behördenhierarchie hat die jeweils vorgesetzte Behörde immer eine gewisse Oberleitung gegenüber der nachgeordneten [2]. Eine Oberleitung über den Staat ist aber mit der Gewaltenteilung, wie sie in der parlamentarischen Demokratie ausgeprägt ist, weder zulässig noch erkennbar. Präzisiert man die Oberleitung näher dahin, daß sie sich in Akten darstellt, welche das Ganze des Staates betreffen, so bleibt es grundsätzlich bei derselben Relativität bezüglich der verschiedenen Verwaltungsinstanzen und an derselben Unschärfe des Kriteriums. Den Geist der Verwaltung prägen in hervorragender Weise die Staatsverfassung und die Gesetze, nicht allein spezifisch die jeweilige Regierung [3]. Der Regierungsbereich zeichnet sich daher nicht qualitativ gegenüber der Verwaltung aus.

Dem Regierungsbereich, welcher heuristisch der Erörterung zugrunde gelegt worden ist, kommt allerdings eine gewisse soziologische Realität zu, die auf wechselnden Machtverhältnissen beruht und sich höchstens deskriptiv erschließt [4].

Die Regierung der parlamentarischen Demokratie besteht im wesentlichen aus den in der Nationalversammlung maßgebenden Persönlichkeiten, denen nicht selten tatsächlich eine oberste Führungsgewalt zukommen mag. So kann in der Bundesrepublik dem Bundeskanzler, weniger auf Grund des Art. 65 GG [5] als we-

---

1) W. Jellinek spricht von einer richtungsweisenden Tätigkeit der Regierung (Verwaltungsrecht, S. 3 f), H. J. Wolff von der Leitung und Führung des Staatsganzen durch die Regierung (Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., S. 62). Die "Oberleitung" benützen als Kriterium u. a. Scheuner, aaO., S. 277; Kipp, aaO., S. 228 f; vgl. auch Herb. Krüger, Der Regierungsakt vor den Gerichten, DÖV 1950, S. 539 f.

2) So etwa der Oberbürgermeister einer Großstadt (vgl. Peters, aaO., S. 9). H. Kipp meint, daß bei jder Verwaltungsbehörde das Verhältnis Regierung und Verwaltung im kleinen Rahmen wiederkehrt (aaO., S. 228). Ganz ähnlich stellt Wolff (aaO., 2. Aufl., S. 61) fest, daß auch in überstaatlichen Verbänden und in der Selbstverwaltung materielle Regierungstätigkeit geübt wird. Lenz (S. 69) geht zutreffend davon aus, daß an einer "Oberleitung" die gesamte Legislative beteiligt sein müßte.

3) abw. Forsthoff, Lehrbuch, S. 16

4) "Wenn es manchmal in rechtlichen Darstellungen üblich ist, die Regierung aus der Vollziehung herauszunehmen, so liegt offenbar eine Verwechslung mit der soziologischen Betrachtung vor" (Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, 3. Teil, S. 79).

5) Nebinger (aaO., S. 2) stützt seine These, nach welcher die Regierung im Gegensatz zur Verwaltung nach eigenem Willen politisch ausgerichtet entscheiden kann, auf Art. 72 der württ.-badischen Verfassung (der Ministerpräsident

gen der Person Adenauers [1], eine Regierungsfunktion zugesprochen werden. Unter diesen rein soziologischen Regierungsbegriff fällt der GA nicht.

2. Die Nachprüfbarkeit der Regierungsakte [2]

a) Der justizlose Hoheitsakt als Möglichkeit der Wesenserkenntnis des GA

Mit der Unmöglichkeit, innerhalb der Exekutive juristisch einen bestimmten Regierungsbereich abzusondern, ist noch nicht endgültig die Frage verneint, ob nicht doch gewisse Akte der gerichtlichen Nachprüfbarkeit entzogen sind. Nun gibt es keine Definition der injustiziablen Regierungsakte, an welcher der GA gemessen werden könnte [3]. Daher ist die Aussonderung der Gnadenaktproblematik aus der Diskussion um den Regierungsakt voreilig, solange nicht aus einer Analyse des justizfreien Hoheitsakts das systemgerechte Verhältnis zum GA ermittelt wird. So wird es notwendig, auf den Grund etwaiger Justizlosigkeit der

---

bestimmt die Richtlinien der Politik). Demzufolge würde eben auch nur der Ministerpräsident Regierungstätigkeit ausüben.

1) "An großen politischen Entscheidungen hat es in diesen zehn Jahren bei uns wahrlich nicht gefehlt... sie verbinden sich fast alle mit dem Namen des Bundeskanzlers, der nach dem Willen des GG die Richtlinien der Politik bestimmt und der auch allein die parlamentarische Verantwortung für die von ihm geführte Regierung trägt" (Bundestagspräsident Gerstenmaier bei der Verabschiedung von Bundespräsident Heuß, Deutscher Bundestag, Sitzung vom 15. 9. 1959, Bundestagsprotokolle, S. 4372). Daß die Regierung im formellen Sinn keine generelle Herausnahme aus dem Verwaltungsrecht beanspruchen kann, ist allgemein anerkannt (vgl. H. Loening, Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1951, S. 234; Scheuner, aaO., S. 276; Obermayer, aaO., S. 173; Mohrs, S. 36; Menges, S. 26 ff; Lenz, S. 52).

2) Nicht nur die gerichtliche Nachprüfbarkeit hat Bedenken hinsichtlich ihrer immanenten Grenzen aufgeworfen, sondern auch bei der Rechnungskontrolle, bei d es um Begriffe wie "nicht nachzuweisende Wirtschaftlichkeit" geht, tauchen ähnliche Probleme auf (zur politischen Problematik vgl. Christ und Welt, 5. 11. 59, Nr. 45, S. 1).

3) Weder Wissenschaft noch Rechtsprechung hat eine allgemein anerkannte, objektive Begriffsbestimmung des Regierungsaktes gewonnen (Rumpf, Regierungsakte, S. 47). Die verschiedenen Autoren gehen von nicht übereinstimmenden Begriffen aus, die sie dann nicht näher erläutern, als ob es sich um apriorische Kategorien handeln würde (vgl. H. Loening, aaO.). Häufig wird statt einer Definition ein Katalog von Regierungsakten angegeben, welcher aber zwischen den einzelnen Bearbeitern nicht unerhebliche Differenzen aufweist (vgl. Mohrs

Regierungsakte einzugehen. Daraus müßten sich dann die allgemeinen Kriterien des justizfreien Hoheitsaktes ergeben.

Die Gerichtsfreiheit gewisser Akte kann aus der Unmöglichkeit einer Rechtsverletzung erwachsen. Mit dieser Voraussetzung der Zulässigkeit einer Klage hat man vielfach die Justizlosigkeit der meisten Regierungsakte zu erklären versucht. Nach der herrschenden Auffassung soll das Fehlen eines Rechts gerade auch das Wesensmerkmal des GA sein [1]. Oft wird der Regierungsakt infolge seiner staatsrechtlichen Funktion als Akt der Verfassung deklariert und daraus seine Exemtion von den gerichtlichen Generalklauseln begründet. Diese staatsrechtliche Funktion soll nun auch dem GA zukommen [2]. Mindestens für die von unteren Instanzen erlassene GA ist das sehr zweifelhaft.

Die Eigenart des GA besteht weiterhin darin, daß er fast durchweg nur kompetenziell geregelt ist, inhaltlich aber dem Ermessen der Behörden weiten Spielraum läßt. Die mangelnde gesetzliche Durchnormiertheit, welche das Ermessen kreiert, begründet aber auch nach weit verbreiteter Lehre die Injustiziabilität der Regierungsakte. Hier fehle es an justiziablen Maßstäben [3]. Ist der weite Ermessensspielraum bei GA und Regierungsakt nur eine äußere, zufällige Gemeinsamkeit, oder verbirgt sich dahinter eine wesensmäßige Übereinstimmung ? Der Ermessensbereich der erlassenden Behörde erwächst notwendig aus der Vielzahl von Interessen und Gesichtspunkten, die gegeneinander frei abgewogen werden müssen. Sowohl für den GA als auch für den Regierungsakt ist die Mannigfaltigkeit der zulässigen Motive typisch. Eine Spezialisierung der Ermächtigung auf bestimmte Zwecke ist der Natur der Sache nach nicht möglich [3]. Die dynamische Struktur, welche die

---

S. 11; Rumpf, aaO., S. 55; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 19, Bem. VII, 6, b (S. 576 f). Auch in Frankreich ist es noch immer nicht gelungen, ein gesichertes System der "actes de gouvernement" zu entwickeln (Lenz, S. 19).

1) vgl. oben, S. 1, Anm. 1

2) Hild. Krüger, Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsgrundlage öffentlich-rechtlicher Gruppenrechte, DVBl. 1955, S. 180; van Husen, Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit justizfreie Regierungsakte ? DVBl. 1953, S. 70.

3) vgl. BVerwG, Urt. v. 27. 2. 57, BVerwGE, Bd. 4, S. 299; Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, 3. Bd., 2. Hb., S. 788; fehlende Maßstäbe werfen bei der Gerichtskontrolle auf verschiedenen Gebieten der Exekutive parallele Probleme auf; für die GA vgl. Mattern, Rechtsprechung, JZ 1954, S. 435, für die Prüfungsakte vgl. H. Schneider, Anm. zum Urt. d. LVG Rheinland-Pfalz v. 22. 4. 52, DVBl. 1953, S. 82 f, zur Gewissensforschung im Wehrpflichtgesetz vgl. Bachof, Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz, S. 34. Vgl. auch oben, S. 10, Anm. 2

4) Mezger sieht den GA als Konfliktsentscheidung auf ethischem Gebiet an. An dieser "endet der theoretische Bereich mit seinen Rationalisierungsmöglichkeiten und wird von der unmittelbaren Lebenspraxis abgelöst" (Mezger, Gnade und

Akte, sollen sie ihren Sinn erfüllen, haben müssen, widerspricht einer im voraus berechenbaren Festlegung. Die rationale Einfachheit, welche für die Evidenz der gerichtlichen Entscheidung angeblich notwendig ist [1], wird durch eine, wenigstens potentielle, Vielzahl heterogener Zwecke ersetzt. Diese lassen die Akte vielfach dem Außenstehenden als "irrational" erscheinen, weil diesem der vernünftige Sinn der Handlung nicht leicht zugänglich ist. Damit sind aber Eigenschaften sowohl des GA als auch des Regierungsaktes aufgezeigt, mit denen üblicherweise die Politik beschrieben wird, nämlich als das Unvorhersehbare, Unnormte und Unberechenbare [2]. Der enge Zusammenhang mit dem Politischen mag überraschen [3]. Wohl sind die GA, soweit sie auf Zweckmäßigkeit beruhen, häufig politisch gefärbt, aber gehören sie denn auch in ihrer Gesamtheit zur existentiellen Sphäre der staatlichen Selbstbehauptung, welche nach geläufiger Auffassung den Bereich der Politik ausmacht? Es sind nur wenige Stimmen, welche auch diese Folgerung ziehen und den GA in einer solchen Konfliktslage ansiedeln. Das erfolgt über den Begriff des Notrechts. Der GA als Handeln in staatlichem Notstand ist aber keine typische Ausformung des GA [4]. Der Widerspruch

---

Recht, Gerechte Ordnung, S. 6 f). Das Begnadigungsinstitut scheint daher wesenhaft ungeregelt und ungenormt zu sein. Jede Normierung bedeutet nämlich Rationalisierung, Bewußtmachung, Abstraktion, Zerlegung, Gliederung, Begrenzung und konstruktive Verbindung (Forsthoff, Grenzen des Rechts, S. 12).

1) Kaufmann, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9, S. 9

2) Rumpf, aaO., S. 94. Scheuner bezeichnet die politischen Geschehnisse als irrational (aaO., S. 279) und durch überwiegend formelle statt inhaltlich festlegenden Normen geregelt, um der unübersehbaren Entwicklung Raum zu lassen (aaO., S. 280, S. 256, Anm. 7). Ähnlich Wolff, Verwaltungsrecht I (2. Aufl.) S. 61. Nach Rumpf (aaO., S. 160) läßt die Subjektivität der politischen Fragen eine objektive Beurteilungsnorm nicht zu. Die politische Dynamik hält Mohrs (S. 53) nicht dadurch rationalisierbar und zähmbar, daß man sie justizieller Entscheidung unterwirft. W. Jellinek bezeichnet die Regierungsakte als solche obrigkeitlichen Akte, welche die Regierung wegen deren hohen politischen Bedeutung gern der richterlichen Nachprüfung entziehen möchte (Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DRZ 1948, S. 271). Die angeführten Äußerungen gehen von einem engen Zusammenhang zwischen Politik und Regierungsakt aus.

3) Von einem besonders engen Zusammenhang zwischen GA und Regierungsakt gehen Eyermann-Fröhler aus (VerwGO, § 42, Nr. 37, S. 178). Aus der Justizfreiheit des GA soll sich auch für die Regierungsakte ableiten lassen, daß diese sich ihrer Natur nach jeder Rechtskontrolle entziehen.

4) Oft wird die Gnade nur mit dem Notstandsrecht verglichen. Dem Satz "Not kennt kein Gebot" entspreche der Satz, daß die Gnade frei walte (Laband,

löst sich, wenn die Doppelbedeutung von Politik Berücksichtigung findet. Politik "als vom Gesetz ausgesparter Bereich sozialer Beziehungen", umgreift sicherlich den GA, die Idendität mit dem Ermessensspielraum ist hier offensichtlich. Politik kann aber auch als Summe der Akte aufgefaßt werden, die einer sozialen Gruppe, Partei und Nation dazu dienen, Macht zu gewinnen [1]. Die zweite Definition ist die engere, denn der weite Ermessensraum wird nicht immer zur Machtausübung benutzt. Die Identifizierung von Macht und Politik mündet in die Bestimmung CAR SCHMITTS der Politik als Freund-Feind Verhältnis ein [2], aus der sich auch der Rechtsgrund der Justizfreiheit des politischen Bereichs folgern läßt. Denn existentielle Konflikte können nicht durch den Spruch eines unbeteiligten und unparteiischen Dritten entschieden werden. Dessen Objektivität ist entweder nur eine "politische Verschleierung" oder aber die "völlige, alles wesentliche verfehlende Beziehungslosigkeit" [3]. Die Gnade ist nur für den, der sie als Akt der Liebe, Güte und Barmherzigkeit wertet, das genaue Gegenteil einer solchen Machtdurchsetzung [4]. Trotzdem - vielleicht auch gerade deshalb - besteht ein innerer Zusam-

---

Das Gnadenrecht in Finanzsachen nach preuß. Recht, AöR, Bd. 7 (1892), S. 170; ähnlich Jhering, Der Zweck im Recht, 1. Bd. S. 330 ff; Reuscher, aaO., S. 370). Oersted bildet eine GA-Gruppe, die notwendig ist, wenn nicht der Staat sein ganzes Dasein aufs Spiel setzen will (Über die Grundregeln der Strafgesetzgebung, S. 359). Plochmann verweist diese Fälle aus dem Begnadigungsrecht in das Gebiet des Staatsnotrechts (S. 57; ebenso Bayl, Beiträge zum Criminalrecht, S. 135 f). Dagegen zutreffend v. Mohl (S. 650, Anm. 1), denn es handelt sich um Fälle der Zweckmäßigkeitsbegnadigungen. Berkenkamp betrachtet die Niederschlagung von Verbrechen als ein gewisses Staatsnotrecht (Betrachtungen über das Gnadenwesen im Dritten Reich, Zeitschrift der Akademie für Dt. Recht, 1937, S. 12). Die oft als gnadenähnlich bezeichneten Einbürgerungsakte werden als Akte dem Rechte vorgegebener existentieller Realität in den Zusammenhang des Staatsnotrechts gebracht (vgl. Forsthoff, zit. bei Reuscher, aaO.). Nach F. Hartung liegt der wesentliche Inhalt des Gnadenrechts im Bereich der Politik (JW 1931, S. 2769).

1) Rumpf, aaO., S. 54 f, 77, 94 f; Spanner, Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, S. 43. Die Unterscheidung läuft der oben S. 77, Anm. 4, getroffenen parallel.

2) Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen; Rumpf, aaO., S. 49; Wolff, Verwaltungsrecht I (2. Aufl.), S. 61

3) Carl Schmitt, aaO., S. 8

4) In Wirklichkeit kann Gnadenausübung sehr wohl auch Machtausübung werden. "Ein schrankenloses Walten der Gnade muß zur Willkür werden und führt damit zurück zum Ausgangspunkt: zur Macht und Gewalt. Hier schließt sich der Kreis von Macht, Gewalt, Recht, Gnade und Willkür" (Mezger, Gnade und Recht, Gerechte Ordnung, S. 62). Nachdem im Laufe der Untersuchung der GA als rationa-

menhang mit der Justizlosigkeit der politischen Akte im Sinne CARL SCHMITTS. Der Richter ist "kritisch", "objektiv" und "neutral". Dann muß ihm aber auch die Beziehung der Liebe und Barmherzigkeit, aus welcher der GA gerade erwächst, fehlen. Somit ist er ein anderer, ein Fremder, dem die Möglichkeit richtigen Erkennens und Verstehens fehlt, denn diese besteht nur in der "existentiellen Teilhabe" und Teilnahme, nur auf der echten participatio [1]. Damit ist eine enge Verwandtschaft zwischen dem GA und dem Regierungsakt im Wesensgrund ihrer potentiellen Justizfreiheit erhellt. Um die parallelen Eigentümlichkeiten von GA und Regierungsakt herauszustellen, wurden die von ihnen vorhandenen Vorstellungen unkritisch der Darlegung zu Grunde gelegt; besonders wurde die idealtypische Seite des GA berücksichtigt um nicht nur historisch und soziologisch, sondern auch rechtsdogmatisch die Unhaltbarkeit der "reinen" Gnadenauffassung darzulegen. Bevor es nun zulässig und notwendig ist, den GA unter den Begriff des Regierungsaktes zu subsumieren, muß die Justizlosigkeit dieser Akte überhaupt bewiesen werden, denn wie die Unmöglichkeit einer generellen Absonderung des Regierungsbereichs gezeigt hat, rechtfertigt erst diese Eigenschaft den systematischen Wert des Regierungsaktes. Erst dann wird es eventuell auch erforderlich, auf das Wesen einer neuerdings stark betonten Zäsur bei den GA einzugehen. Es sollen nämlich die Akte unterer Instanzen, soweit sie durchnormiert und zur "kleinen Münze verrechtlicht" seien, im Gegensatz zu den GA der Staatsführung gerichtlich nachprüfbar sein [2]. Die Unterscheidung ließe sich in Bezug auf die staatsrechtliche Funktion, den Ermessensraum, die politische Bedeutung und den irrationalen Gehalt des GA sowohl vertiefen als auch anzweifeln. Das ist aber erst dann zweckmäßig, wenn grundsätzlich wenigstens die Akte des Staatsoberhauptes als gerichtsfrei erkannt sind. Festzuhalten ist die strukturelle, hintergründige Wesensgleichheit von GA und Regierungsakt, welche es auch notwendig macht, auf letzteren näher einzugehen.

---

ler Rechtsakt erkannt worden ist, unterscheidet er sich auch in den Ausartungen grundsätzlich nicht von den übrigen Staatstätigkeiten. Mezger geht dagegen von einem idealtypischen Gnadenbegriff aus, der aus erkenntnistheoretischen Gründen auch in der vorliegenden Bearbeitung, so wie an dieser Stelle, immer wieder berücksichtigt wird.

1) vgl. Carl Schmitt, aaO.

2) vgl. Jesch, Bindung, S. 20, Anm. 16; Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Grundrechte, 3. Bd., 2. Hb., S. 745, Anm. 129; ders., Anm. zum Urt. des BVerwG v. 27. 2. 1957, DVBl. 1957, S. 681 ff (683 f); Maunz-Dürig, GG, Bem. III, 3, d (Rdnr. 27) zu Art. 19 IV GG; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 103

b) Der justizlose Hoheitsakt, ein Anliegen der Gesetzesinterpretation

Zunächst muß versucht werden, die Nachprüfbarkeit der Regierungsakte auf Grund der geltenden Normen zu untersuchen. Erst wenn auf diese Weise das Problem sich als nicht befriedigend lösbar erweist, scheint es methodisch vertretbar, grundsätzliche Erwägungen anzustellen.

Eine positive Anerkennung der Injustiziabilität des Regierungsbereichs ist nicht erfolgt. Die gesetzlich anerkannten Fälle justizfreier Akte sind, falls man sie überhaupt als verfassungsmäßig anerkennt, Einzigartigkeiten, welche nicht unter einem einheitlichen Oberbegriff zusammengefaßt werden können [1]. § 90 II BVerf GG trägt nur der Auffassung Rechnung, welche lehrt, daß trotz Art. 19 IV GG noch gerichtsfreie Hoheitsakte vorkommen. Wenigstens bei Grundrechtsverletzungen soll Gerichtsschutz unabhängig von allen Theorien gegeben sein. Daraus kann nicht abgeleitet werden, daß andere Rechte gegen oberste Hoheitsakte keinen Rechtsschutz genießen [2]; das wäre auch mit der Verfassung schwerlich in Einklang zu bringen.

Der Regierungsakt muß natürlich alle Voraussetzungen erfüllen, die für die Zulässigkeit einer Klage gegen die öffentliche Gewalt erforderlich sind. Gerade Akte des Regierungsbereichs sind vielfach potentiell nicht kollisionsfähig mit Individualrechten und daher von vornherein nicht nachprüfbar. Diese in Frankreich mit "negativer Theorie" bezeichnete Überlegung hat auch in Deutschland zur Entschärfung der Streitfrage beigetragen, ohne aber das Problem völlig lösen zu können [3].

Setzt man die Regierungsakte als Akte der Verfassung den VA gegenüber, so ist die Exemtion aus der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel (§ 42 VerwGO)

---

1) vgl. z. B. § 41 II 2 BVerwGG (ähnlich nunmehr § 99VwGO), dessen Verfassungsmäßigkeit Bachof bejaht (Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1957, S. 377, Nr. 21); Sczostak führt Art. 44 IV GG und Art. 139 GG an (Gerichtsfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 445 f). Vgl. auch Mohrs, S. 29 ff und Obermayer, Generalklausel, Bayer. Verw. Bl., 1955, S. 174.

2) Bonner Kommentar zum GG, Art. 19 IV GG, Anm. 4, g, a; OLG Köln, Urt. v. 19. 11. 1951, DVBl. 1952, S. 311

3) H. Loening, Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1951, S. 234; Obermayer, aaO.; Lechner, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, Grundrechte, 3. Bd., 2. Hb., S. 676; Mohrs, S. 62 f; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 19, Anm. VII, 6, b (S. 576 f). Die negative Theorie spricht den actes de gouvernement ihre theoretische Daseinsberechtigung ab und erklärt sie teils für überflüssig - da ein verletztes Recht nicht gegeben ist - teils für rechtswidrig (vgl. Rumpf, Regierungsakte, S. 85 ff, Maunz-Dürig, GG, Art. 19 IV, Anm. III, 3, b (Rdnr. 24). Vgl. auch Sczostak, aaO., S. 447; Lenz, S. 35).

scheinbar schlüssig [1]. Das bedeutet die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach Art. 19 IV GG für den Regierungsakt [2], falls es nicht gelingt auch dieses "formelle Hauptgrundrecht" dogmatisch zu überspielen [3]. Letzteres ist jedoch bisher noch nicht überzeugend durchgeführt worden. Dem Rechtsschutzzweck des Art. 19 IV GG würde es sicherlich wiedersprechen, eine Aktgruppe, deren dogmatische Erfassung und systematische Darstellung noch nicht als gelungen be-

---

1) Scheuner, Der Bereich der Regierung, Smend-Festgabe, S. 300; Menges, Der Rechtsschutz gegen Regierungsakte, S. 66 f; Mohrs, S. 63 f; Lenz, S. 22; Sczostak, aaO., S. 447.

2) so H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I (2. Aufl), S. 225; BFH v. 17. 4. 1951, BStBl. 1951, III, S. 107; vgl. die weiteren Angaben bei Maunz-Dürig, Art. 19 IV GG, Anm. VIII, 3, a.

3) Das versucht Menges (aaO., S. 124 f) indem er ennimmt, es könne nicht vom Grundgesetzgeber beabsichtigt sein, für die Anfechtung einer im Verfassungsleben des Staates so bedeutenden Kategorie von Hoheitsakten je nach der Entwicklung der künftigen Rechtsprechung die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte oder gar der Amts- und Landgerichte in Kauf zu nehmen. In Wirklichkeit hat der Gesetzgeber den Begriff des Regierungsaktes abgelehnt (vgl. Ule, BVerwGO (Kommentar), § 9, II, 1, b (S. 60). Es kann beim Verfassungsgesetzgeber erst recht nicht unterstellt werden, daß er die künftige Entwicklung der Rechtsprechung in einer Weise berücksichtigen wollte, welche den Rechtsschutz gegen politische Akte der Regierungsebene beeinträchtigt; eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte kommt bei richtiger Auslegung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel ohnehin selten vor. Im Ergebnis aber wie Menges Schlochauer, Fragen zur Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, AöR, 79. Bd., S. 192; van Husen, Gerichtsfreie Regierungsakte (dessen Begründung wird von Menges, aaO., S. 123 f, selbst wiederlegt); OVG Münster, Beschl. v. 23. 9. 58, JZ 1959, S. 503 f. In dem vom OVG Münster entschiedenen Fall hat der Kläger von einem Bundesminister die Rückgängigmachung derjenigen Verwaltungsmaßnahmen verlangt, welche es den britischen Truppen gestatten auf seinem Grundstücke Übungen abzuhalten. Das Gericht hat den Antrag als unzulässig abgelehnt. Der Beschluß verdient aus den erwähnten dogmatischen Gründen, aber auch aus praktischen Überlegungen heraus, keine Zustimmung. Wenn der Bundesminister gar nicht in der Lage gewesen wäre, dem Klagebegehren nachzukommen, hätte die Klage als unbegründet abgewiesen werden müssen, da Unmögliches nicht verlangt werden kann; wären der Regierung die Maßnahmen dagegen nur politisch nicht erwünscht, so hätte sie notfalls ein Enteignungsverfahren mit der Entschädigungsfolge zugunsten der englischen Streitkräfte durchzuführen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum derjenige,

zeichnet werden kann [1], von der gerichtlichen Nachprüfung auszunehmen. Die Berufung auf den keineswegs eindeutigen Begriff der Verfassung, ist bei der gebotenen teleologischen Auslegung kein einleuchtender Grund, im Einzelfall die Zulässigkeit der Klage zu verneinen [2]. Das nicht befriedigende Ergebnis der Zuständigkeit der Zivilgerichte läßt sich vermeiden, wenn man schon bei der Auslegung der verwaltungsgerichtlichen Gneralklausel die Grundwertungen der Verfassung berücksichtigt [3].

Durch die Übernahme letzter Verantwortung durch die Gerichte scheint die Wahrung staatlicher Existenz und die Führungsfunktion der Regierung aufs schwerste gefährdet zu sein. Sollen beamtete Staatsfunktionäre statt der Volksvertreter über die wichtigsten Hoheitsakte entscheiden ? Das grundgesetzlich eingeführte demokratische Prinzip, das mit dieser Frage angeschnitten ist (Art. 20, 28 GG), ist indessen nicht ein gewaltenvereinender, parlamentarischer Monismus [4]. Mit gutem

---

dessen Land etwa von der Bundeswehr benötigt wird, besser stehen soll als der, den die befreundeten Truppen in Anspruch nehmen.

1) Scheuner (aaO., S. 275) identifiziert Regierungsbereich, politische und Verfassungssphäre, wobei ein Begriff so unbestimmt wie der andere ist. Der Verfassungsbegriff der Integrationslehre und seine Abwandlungen haben vielfach Anklang gefunden (vgl. z. B. Friepel., Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5, S. 6; Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? S. 25 f; Menges, S. 49 ff), reichen aber für eine scharfe Abgrenzung nicht aus.

2) Zutreffend wird dagegen hervorgehoben, daß nicht in die Kompetenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit eingegriffen werden darf (Bachof, Klage, S. 26; Maunz, Besprechung des Urt. d. VGH Freiburg v. 5. 11. 52, Verw. Rspr. 5, S. 859; Jesch, Bindung, S. 20). Bettermann hält im Hinblick auf Art. 19 IV GG die Lehre vom acte de gouvernement für überholt (Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt, MDR 1949, S. 398, Ziffer 3; ders., Anm. zum Urt. d. OLG Köln v. 19. 11. 51, DVBl. 1951, S. 312 ff).

3) Der Gedanke der verfassungskonformen Auslegung ist dagegen nicht unmittelbar einschlägig, da ja eine Verfassungswidrigkeit der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel auch bei ihrer restriktiven Auslegung nicht in Frage steht (anders Maunz-Dürig, Art. 19 IV GG, Bem. III, 3, b, cc).

4) Friesenhahn, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZSR, Bd. 73 (1954), S. 155; a. A. Mohrs, S. 52. Den Gerichten ist die letzte Verantwortung für die Achtung und Bewahrung der verfassungsmäßigen Wertordnung übertragen (Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S. 21), so daß das BVerfG zu einem echten Machtfaktor in unserem Staat werden konnte (Bachof, aaO., S. 15). Wenn daher Eyermann-Fröhler Akte, welche für das ganze Staatswesen von Bedeutung sind, von der Gerichtskontrolle ausnehmen wollen, um den Richter von der damit verbundenen Verantwortung zu entbinden (VerwGO, § 42, Nr. 37, S. 178 f), so ist

Grund [1] hat sich der Verfassungsgesetzgeber dazu entschlossen, die Diktatur der jeweiligen Parlamentsmehrheit einzuschränken. So konnte die Rechtsprechung zu der überragenden Bedeutung aufsteigen, die ihr legitimerweise im Bonner Rechtsstaat zukommt.
Deshalb ist es auch verfehlt, gegen die totale Justiziabilität aller Akte der Exekutive das Prinzip der Gewaltenteilung heranzuziehen (Art. 20 II III GG) [2].
Die Natur der Gewaltenteilung verlangt in ihrer durch das GG erfolgten Ausformung nicht eine Verantwortungs- und Entscheidungsklarheit dahingehend, daß sich die Regierung eine Kontrolle ihrer Akte nicht gefallen zu lassen brauchte. Nur aus der Vorstellung einer logischen oder apriorischen Gewaltenteilung könnten solche Schlüsse gezogen werden. H. J. WOLFF leitet Schranken der richterlichen Tätigkeit aus ihrer rechtsgebundenen Unabhängigkeit (vgl. Art. 97 GG) ab. Der Richter soll nur über abgeschlossene Sachverhalte, die eindeutig übersehen und bewertet werden können, im Rahmen einer sozial geltenden Rechtsordnung, erkennen [3]. Auch diese Erwägungen beruhen letztlich auf dem System der Gewaltenteilung und der typischen Funktionsausübung ihrer Träger. Die Verfassung hat dem Richter, wie sich eindeutig aus den verfassungsgerichtlichen Kompetenzen ergibt, auch politische Entscheidungen aufgebürdet und damit die erhöhte Gefahr einer Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit in Kauf genommen. Das Wesen der richterlichen Tätigkeit wird entscheidend von der Verfassung und nicht durch idealtypische Kategorien geprägt. Zudem wäre es kaum möglich, im Sinne H. J. WOLFFS nur "auf Vermutungen beruhende und die soziale Ordnung beeinflussende Entscheidungen" gegenüber den justiziablen Staatsakten abzugrenzen.

---

das nicht im Sinne des GG.

1) Forsthoff geht von betrüblichen Erfahrungen aus, welche die Totalverrechtlichung zur Folge hatte (Grenzen des Rechts, 1941 (!), S. 12). Inzwischen waren die Erfahrungen mit der rechtlich entfesselten Führungsfunktion noch bedauerlicher.

2) Schwerin v. Krosigk, Nochmals: Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1956, S. 691; Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Grundrechte, 3. Bd., 2. Hb., S. 783; Mohrs, S. 52; a. A. Scheuner, aaO., S. 291, 293, 300; Loening, Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1951, S. 237; der französische Staatsrat (vgl. Scheuner, aaO., S. 298).

3) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I (3. Aufl.), S. 69; ähnlich Mohrs, S. 52. Parallele Gedankengänge über die Grenzen der Rechtsprechung finden sich schon bei Althusius, Grundbegriffe der Politik, S. 7. Nach Küster hat das Prinzip der Gewaltenteilung eine gewisse Verantwortungsklarheit zur Folge (Das Gewaltenproblem im modernen Staat, AöR, Bd. 75 (1949), S. 402). Die letze Verantwor-

Aus den Normen der Verfassung und der einfachen Gesetze kann also schwerlich die Exemtion der Regierungsakte von der gerichtlichen Zuständigkeit begründet werden. Bei diesen rechtsimmanenten Betrachtungen wird der GA meist aus dem Zusammenhang der Regierungsakte gelöst, weil er keine Rechte verletzen könne. Damit wird die eigentliche Problematik nur in die Frage nach dem subjektiven Recht verlagert.

c) Die Justiziabilität der Regierungsakte als Aufgabe der Grenzbestimmung des Verfassungsrechts

Wie die Rechtsnatur des GA im besonderen, so muß die gerichtliche Nachprüfbarkeit der Regierungsakte im allgemeinen zu einer Besinnung über die Grenzen des Rechts führen. Beherrscht das Verfassungsrecht auch den Bereich der Politik ? Sind Recht und Macht antithetische Gegensätze ? Das ist die Frage nach der Grundhaltung, aus der man das Wesen einer Verfassung betrachtet [1].
SMEND sieht in der Verfassung die bruchstückhafte Normierung der dem Rechtswert gegenüberstehenden Totalität des staatlichen Integrationsprozesses [2]. Daraus läßt sich unschwer eine vom Recht getrennte Sphäre ableiten, in welcher der Staat sein Wesen bestimmt und durchsetzt. Die Regierung kann dann als oberster Entscheidungsträger in diesem "politischen Raum" angesiedelt werden. Wer die

---

tung in der Staatsführung soll nun nicht dem Richter zustehen (Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, S. 42 f; Eyermann-Fröhler, VerwGO, § 42, Nr. 37, S. 178 f; vgl. dagegen oben, S. 87, Anm. 2). Bedenklicher ist es noch, die Nichtnachprüfbarkeit der Regierungsakte aus dem monopolistisch-zentralistischen Wesen des modernen Staates abzuleiten (so aber Herb. Krüger, Der Regierungsakt vor den Gerichten, DÖV 1950, S. 541) oder die Inkompetenz der Gerichte aus Gesichtspunkten der Ordnung und Ökonomie abzuleiten (vgl. Herb. Krüger, aaO., S. 536). Selbst wenn man den Faktizitäten einen korrigierenden Einfluß auf die Herrschaft der Normen einräumt, können doch auf diese Weise nicht Strukturprinzipien der Verfassung, wie die Gewaltenteilung und die universale Gerichtskontrolle, verletzt werden. Zweifelhaft ist auch, ob die von Krüger angegebenen Faktoren überhaupt wesensmäßig einer Nachprüfbarkeit feindlich gegenüberstestehen.

1) Ob es rechtsfreie Räume gibt, hängt wesentlich davon ab, welche Auffassung man vom Recht selbst mitbringt (Engisch, Der rechtsfreie Raum, ZStW, Bd. 108 (1952), S. 403). Andrerseits ist die Nachprüfbarkeit politischer Hoheitsakte eng mit der Artung der jeweiligen Rechtsordnung, speziell der Verfassungsstruktur verknüpft (Ipsen, Politik und Justiz, S. 9 ff, S. 173; Mohrs, S. 59; Loening, aaO., S. 234; Scheuner, aaO., S. 257, weist auf die -sehr bezeichnende- Ausdehnung des Politischen in totalitären Staaten hin; vgl. auch Forsthoff, Grenzen des Rechts, S. 7). Entscheidend ist letzhin, welche Auffassung der jeweiligen Rechtsordnung selbst gemäß ist.
2) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 78 ff, 98 ff

Verfassung nur als oberste Blankettnorm betrachtet, als nur kompetenzzuweisenden, höchsten Normenkodex, der einen unnormierten und unnormierbaren Entscheidungsraum freigibt[1], kann in gleicher Weise dem Recht Grenzen setzen. Wird dagegen die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, mit dem Willen alle staatlichen Akte durch Normen zu bestimmen und zu rationalisieren, erfaßt, so ist eine rechtsfreie politische Sphäre nicht denkbar. Der Totaldurchnormierung aller staatlichen Emanationen vermag dann auch der GA nicht entzogen zu werden. Wie ist nun unsere Verfassung zu verstehen ? Der Sinn des Bonner GG ist nicht nur, die Kompetenzen der Staatsfunktionen zu verteilen, nicht nur eine Teilnormierung des unpolitischen Raums abzugeben, sondern seine materiellen Gestaltungsgrundsätze tragen in sich auch das "selbstverständliche" Postulat, alle staatliche Tätigkeit nach sich auszurichten[2]. Das geschieht nicht in unverbindlichen Programmsätzen, sondern in Normen mit unbedingtem, starkem Geltungsanspruch.

Somit ist die Tätigkeit der Staatsführung ebenfalls rechtlich determiniert und einer juristischen Beurteilung zugänglich [3]. Soweit man nämlich die Möglichkeit der Rechtswidrigkeit staatlichen Handelns bejaht, scheint es unfolgerichtig, dem Richter die Kompetenz zur Feststellung derselben abzusprechen [4]. Eine rechtsfreie "souveräne Einheit politischer Führungsgewalt" [5] kann keine Aner-

---

1) "Eine Verfassung kann überhaupt nur die Formen und Rahmen schaffen und bereitstellen, in der sich die ethischen und charismatischen Kräfte, die in einem Volke vorhanden sind, in einer legalen Ordnung äußern können" (E. Kaufmann, Zur Problematik des Volkswillens, S. 10 f). Um die Gegensätze herauszustellen, wurden nur die für das Problem besonders charakteristischen Verfassungslehren angeführt.

2) vgl. Friesenhahn, aaO., S. 132, 151, 152; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I (3. Aufl.), S. 62. "Eben in dieser planmäßig-bewußten Beeinflußung der politischen Verfassung durch eine herrschaftliche Normsetzung, in diesem Versuch einer gebietsuniversalen Normalisierung durch zentrale Normierung lieg das Wesen des modernen Staates" (Heller, Staatslehre, S. 253). Eine unbeschränkte Herrschaft der Normen, die sich selbst auf den Bereich der Außenpolitik erstreckt, kommt bei Thoma zum Ausdruck (HbdDStR, II, S. 109, 111). Die nähere Ausgestaltung im GG ist bei Lenz, S. 67 f, 79 ff, dargestellt.

3) Gerade dadurch zeichnet sich ja der Rechtsstaat aus (Engisch, aaO., S. 424).

4) Wengler spricht von einem Mißbrauch der Rechtsnorm, wenn ihre Anwendung im Einzelfall mit der Behauptung, es handle sich um eine politische Entscheidung, verhindert wird, um die Zuständigkeit einer unabhängigen Instanz auszuschließen (Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht, S. 6). A. A. der Sache nach Schneider, aaO., S. 45 f.

5) Sofern man den GA als Ausfluß höchster staatlicher Souveränität ansieht

kennung mehr finden. Ordnet aber die Verfassung in Umfang und Ziel den irrationalen, vielfacher Motivation zugänglichen politischen Bereich, der hier als soziologische Kategorie begriffen ist, so ist bei dieser Totaldurchnormierung des Staatslebens eine Ausnahmesituation für die Gnade nicht vorstellbar. Die allgemeine Normgeltung sucht man nun von der anormalen, existentiellen Konfliktsituation her aufzuweichen [1]. "Jedes Recht ist seinem Begriff nach widerruflich, sobald es gegen die Existenzbedingungen des Staates streitet" (LASSON) [2]. Damit ist das Problem des Verhältnisses von Recht und Revolution berührt, das hier nicht vertieft werden kann [3]. Jedenfalls kann es nicht überzeugen, wenn die Geltung der Norm von einer normalen Situation abhängig gemacht wird. Gerade in Konfliktsfällen soll sie doch eingreifen; hier hat sich die Verfassung zu bewähren [4] und nicht eine rechtlich entfesselte Entscheidungsgewalt. Die Regierungsausübung an der Ausnahmesituation zu orientieren, bedeutet die Anerkennung eines permanenten Revolutionszustandes an der Staatsspitze, welcher nicht mit der rechtsstaatlichen Ordnung zu vereinbaren ist. Mit dem Kriterium der Politik ist es nicht möglich, den rechtsfreien Raum zu beweisen, da es mehrdeutig ist und einen absoluten Gegensatz zum Recht nicht bildet [5]. Die Injustiziabilität des Regierungsak-

---

(vgl. oben S. 14 f; Hegel, Rechtsphilosophie, § 282), muß er zur "Führungsfunktion" gerechnet werden.

1) Die Smend-Scheunersche Lehre orientiert die Regierungsfunktion am Ausnahmezustand (vgl. Lenz, S. 66). H. Heller kommt über den unlösbaren Zusammenhang von Normalität und Normativität zu absoluten, normimmanenten Rechtslücken (Staatslehre, S. 268, 255), die zu gerichtsfreien Situationen führen. Vgl. weiter Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen (1. Aufl.), S. 29; H. Loening, Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1951, S. 237; Rumpf, aaO., S. 126.

2) Lasson, Rechtsphilosophie, S. 430.

3) weiterführende Angaben bei Engisch, aaO.; Thoma, HbdDStR, II, S. 110, Anm. 6; Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 21.

4) vgl. Friesenhahn, aaO., S. 153

5) vgl. Wintrich und Lechner, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, Grundrechte, 3. Bd., 2. Hb., S. 676; Scheuner, aaO., S. 256, Anm. 7, S. 293; Ule, VerwGO, § 42, Bem. IV, 6, a; Karl-Heinz v. Köhler, Grenzen der gerichtlichen Kontrolle im Kartellrecht, DÖV 1960, S. 211. Politik und Recht stellen dagegen einander gegenüber, Rümelin, Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, S. 22; RG, Beschl. v. 2. 11. 1936, RGZ 152, S. 301 ff; Baring, Die Ablehnung der Aussagegenehmigung, ZBR 1956, S. 74; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I (3. Aufl.), S. 240; OVG Berlin, Urt. v. 15. 3. 1957, JR 1957, S. 313 ff (314) und besonders hinsichtlich der Staatspolitik Loening, Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1951, S. 234; vgl. auch A. Koehler, VerwGO, § 42, A, IV (S. 264). Das Politische ist selbst im Internationalen Recht nicht als Geltungsgrund der Justizfreiheit anerkannt (Wengler, aaO.,

tes kann daher aus seiner Normfreiheit sowenig wie aus seinem Wesen abgeleitet werden [1]. Rechtsdenken ist maßstabsgerechtes Denken nach einer präexistenten, regelmäßig abstrakten, rechtlichen Regelung, so daß aus dem Fehlen einer rechtlichen Regel auf die Justizlosigkeit geschlossen werden kann [2]. Weshalb aber soll das politische Handeln wesenhaft im ungeregelten Bereich erfolgen [3] ? Infolge der umfassenden Geltung der Verfassungsnormen kann kein Gebiet staatlicher Tätigkeit grundsätzlich aus dem rechtsstaatlichen Rechtserzeugungsgefüge ausgespart und der gerichtlichen Kontrolle entzogen werden. Jeder Staatsakt ist potentieller Rechtswidrigkeit teilhaftig [4]. Die Theorie vom justizfreien Hoheitsakt muß sich beim Qualifikationsproblem in Widersprüche verwickeln [5]. Spricht man nämlich dem Richter die Geeignetheit politische Fragen zu entscheiden ab, so könnte ihm folgerichtig auch die Qualifikation solcher nicht anvertraut werden, da diese bereits politisches Denken voraus-

---

S. 59; vgl. auch Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S. 29). Zur politischen Funktion des BVerfG und dem Verhältnis von Recht und Politik siehe Menges, aaO., S. 77 ff.

1) a. A. OVG Berlin, Urt. v. 26. 9. 52, JZ 1953, S. 644 = DÖV 1953, S. 572 f

2) Schneider, aaO., S. 44, Anm. 71, S. 39; Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen ? S. 29, Anm. 56; BVerwG, Urt. v. 27. 2. 1957, DVBl. 1957, S. 681 mit Anm. Menger.

3) vgl. Loening, aaO., S. 234. Auch im Rahmen der englischen Staats- und Rechtsordnung erscheint Politik juristisch als Ermessen (Rumpf, aaO., S. 160). Vgl. Scheuner, aaO., S. 291.

4) Mohrs, S. 55, S. 57, Anm. 1, S. 60; Ule, VerwGO, § 42, Erl. IV, 6, a (S. 137). Das ist auch dann zu bejahen, wenn die anzuwendende Norm nur sehr allgemeine Begriffsbildungen beinhaltet; die Subsumtionsfähigkeit auf einen konkreten Tatbestand wird in solchen Fällen meist als gegeben erachtet (vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 466 f; abw. BVerfG, Beschl. v. 22. 4. 53, BVerfGE 2, S. 213 ff und Karl-Heinz Koehler, aaO., S. 210 ff). Carlo Schmid versucht durch die Gegenüberstellung von Sach- und Normgerechtigkeit dem Recht Grenzen zu setzen (Grenzen rechtlicher Regelung innerhalb der modernen Gesellschaft, Universitas, 1959, S. 1237). Die Unterscheidung ist praktisch kaum durchführbar, impliziert beim Sachlichen den Vorwurf des Normwidrigen und diskreditiert das Normgemäße als un-sachlich; letztlich ist mit der Sachgerechtigkeit die Natur der Sache und die Faktizität überhaupt angesprochen.

5) Meist wird die Qualifikation als Aufgabe richterlicher Selbstbeschränkung angesehen (Fosthoff, Lehrbuch, S. 468; Schneider, aaO., S. 46; Rumpf, Regierungsakte, S. 18; Sczostak, Gerichtsfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 447). Loening fordert eine gesetzliche Regelung (Loening, aaO., S. 234), Ipsen ein besonderes Qualifikationsverfahren (Politik und Justiz, S. 275 ff, anders in der Besprechung

setzt [1]. Eine Qualifikationszuständigkeit durch die Regierung führt aber zu Willkür [2], und wird von der rechtsstaatlichen Doktrin auch nicht gefordert. Das Fehlen einer Norm, unter welche der Tatbestand subsumiert werden kann, könnte überhaupt nur die Begründetheit, nicht schon die Zulässigkeit der Klage ausschließen [3]. SCHNEIDER und SCHEUNER erkennen die rechtliche Bindung der Regierung an, verneinen aber im Hinblick auf die Gewaltenteilung die Rechtskontrolle [4]. Damit mündet ihre metarechtliche Argumentation wieder in die Probleme positiver Verfassungsinterpretation ein.

Überhaupt ist der Ansatzpunkt für die Beantwortung der Frage nur im geltenden Recht, insbesondere im Verfassungsrecht zu finden. Der justizfreie Hoheitsakt muß in dem Spannungsverhältnis von Individuum und Gemeinschaft gesehen werden. Die Juridizifierung des Politischen kann für das Staatswesen erhebliche Nachteile mit sich bringen. Ein richterliches Eingreifen kann unter Umständen gröblich den Interessen der Allgemeinheit zuwiderlaufen [5]. Wie bewertet nun die Rechtsordnung in dieser besonderen Situation die Interessen des Individuums im Verhältnis zu denen der Gemeinschaft ? Der einzelne kann sich auf den allgemeinen Justizgewährungsanspruch berufen, welcher auf § 1 GVG gestützt wird und durch Art. 92 GG, für das öffentliche Recht speziell durch Art. 19 IV GG, verfassungsrechtlich verankert ist [6]. Erleidet nun dieses Individualrecht im öffentlichen Interesse

---

v. H. Schneiders Gerichtsfreien Hoheitsakten in JZ 1952, S. 766). In den U. S. A. üben die Gerichte die Qualifikation aus (Schneider, aaO., S. 60 ff; Mohrs, S. 53, 11).

1) Lenz, S. 30 ff, 92. Die Überlegung mag etwas spitzfindig formuliert sein. Immerhin muß der Richter, wenn er eine Streitfrage als politische qualifizieren will, in die Motive des erlassenden Organs eindringen und diese bewerten.

2) Das zeigt deutlich die bei Schneider, aaO., S. 23 dargestellte Entwicklung in Thüringen; vgl. auch Lenz, S. 32, 61.
Würde man - wie oben unterstellt wurde - den GA als Akt der Liebe und Barmherzigkeit ansehen, so würden parallele Probleme wie bei der Qualifikation politischer Akte auftreten. Dann wäre bereits die Entscheidung, ob überhaupt ein Akt der Liebe vorliegen würde, wesensmäßig nicht von einem objektiven, neutralen Organ zu entscheiden.

3) Wengler, aaO., S. 10 f. Nach ganz überwiegender Meinung soll es aber ein Zulässigkeitsproblem sein (vgl. z. B. Rumpf, aaO., S. 43).

4) Gerichtsfrei soll auch das sein können, was nicht rechtsfrei ist (Schneider, aaO., S. 46).

5) Forsthoff, Lehrbuch, S. 466 f

6) Habscheid (Der Anspruch auf Rechtspflege, ZZP, 67. Bd. (1954) S. 195 ff) und Rosenberg (Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, S. 8) sichern den Justizanspruch grundrechtlich über Art. 1, 3 II, 103 I GG ab. Obwohl Rosenberg (aaO.)

irgendwelche Einschränkungen [1]? Bei der Diskussion der immanenten Schranken der materiellen Grundrechte wird in verschiedenen Varianten der Gedanke einer Güterabwägung von Individual- und Gesamtinteressen verwendet [2]. Könnte nun durch eine Bedrohung überwiegender Gemeinschaftsgüter, die bereits durch die Gerichtskontrolle an sich ausgelöst würde, eine Einschränkung des formellen Justizanspruchs erfolgen und die Klage als unzulässig abgewiesen werden? Ein dogmatischer Ansatzpunkt für dieselbe zweckhafte Überlegung wird

---

den Justizanspruch aus § 1 GVG ableitet, zieht er nicht die parallele Vorschrift des Art. 92 GG heran. Rosenbergs Justizanspruch ist der Sache nach identisch mit dem "Klagerecht" von Nikisch (vgl. Habscheid, aaO., S. 194 f). Dieser Anspruch auf Rechtspflege ist nicht zu verwechseln mit dem sehr umstrittenen Rechtsschutzanspruch. Vgl. auch Art. 6 I 1 des Gesetzes über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 7. 8. 1952, BGBl. II, S. 688; Maunz-Dürig, Bem. I, 1, b zu Art. 19 IV GG. Die Rechtsprechung, insbesondere auch die Verwaltungsrechtsprechung, dient nicht nur Individualrechten, sondern auch Gesamtinteressen (Rumpf, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14, S. 139, 159; Bachof, VVDStRL 14, S. 177 (Diskussionsbeitrag); Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrecht, S. 116). Art. 19 IV GG ist dementsprechend nicht nur ein formelles Grundrecht, sondern auch eine Institutsgarantie (Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Grundrechte, 3. Bd., 2. Hb., S. 783). Diesem öffentlichen Sinn der Gerichtskontrolle kommt hier keine entscheidende Bedeutung zu.

1) Rumpf hält in der englischen Entwicklung des Problems den Ausgleich zwischen Einzelinteressen und Staatsnotwendigkeiten für erreicht (Rumpf, aaO., S. 160). Ipsen sieht in der Anerkennung justizloser Hoheitsakte einen gerechten Ausgleich zwischen Einzel- und Gesamtinteressen (Ipsen, aaO., S. 10). Zu denken sind hier an Akte von existentieller, staatlicher Bedeutung (vgl. Rumpf, aaO., S. 56, 70, 95).

2) vgl. BVerwG, Urt. v. 3. 11. 55, BVerwGE 2, S. 300 und Urt. v. 29. 6. 57, BVerwGE 5, S. 159 (gegen diese Rechtsprechung Bachof, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1957, S. 334); BGH, Gutachten v. 25. 1. 1953, DVBl. 1953, S. 270; Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 29. Einzelinteressen müssen weichen, "wenn es zur Aufrechterhaltung des gemeinen Wohls keinen anderen Weg gibt, wenn es also unausweichlich dringend geboten ist, das Verhalten des einzelnen zu untersagen und ihm ein bestimmtes Verhalten zur Pflicht zu machen" (Geiger, Grundrechte und Rechtsprechung, S. 25).

teils auch im angeblich fehlenden Rechtsschutzinteresse gefunden [1]. Es erhellt, daß eine derartige unbestimmte und auch unbestimmbare Einschränkung der Justizkontrolle etwas Normwidriges, Exzeptionelles und Antirechtsstaatliches wäre. Deshalb ist der Regierungsakt, dessen enger systematischer Zusammenhang mit dem GA dargelegt worden ist, nicht der gerichtlichen Nachprüfbarkeit entzogen[2]. Eine nähere Subsumierung des GA unter den Regierungsakt erübrigt sich daher.

---

1) Forsthoff, Lehrbuch, S. 466; Rumpf, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14, S. 171; Sczostak, Gerichtsfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 445

2) Im Ergebnis so auch W. Jellinek, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DRZ 1948, S. 271; Bachof, Klage, S. 25 f; Obermayer, Generalklausel, Bayer. Ver. Bl. 1955, S. 174, 176; Hamann, GG, Erl. 11 zu Art. 19 IV (S. 175); OVG Berlin, Urt. v. 26. 9. 1952, JZ 1953, S. 644 = DÖV 1953, S. 572 f und Urt. v. 8. 7. 1954, AS, Bd. 2, S. 36 ff (38); Adamovich, aaO., S. 370 f (für das österreichische Verfassungsrecht); Ipsen, Politik und Justiz, S. 197 (für den "liberalen Rechtsstaat").

C) DAS RECHT AUF GNADE

I. Gibt es ein materielles Recht auf Gnade ? [1]

1. Das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts und die Gnade

Bei der Frage nach dem Wesen der Gnade wird oft darauf hingewiesen, daß es keinen Anspruch auf Gnade gegen könne [2]. Schon in den Prämissen der Gnadenbestimmung sucht man die Recht-Losigkeit einzufügen. So ist es nicht schwierig, aus dem Vorliegen eines GA wiederum den Scheinbeweis des fehlenden Rechtes zu führen. Nachdem der GA hier als ein VA dargestellt wurde, dürfte es nicht von vornherein verfehlt sein, die Frage eines Rechts auf Gnade aufzuwerfen. Besonders in den Fällen der Ausgleichsgnade wurden selbst von den Vertretern der Antithese Gnade - Recht Zugeständnisse an das Vorliegen eines Rechtes gemacht [3], wobei allerdings Zweifel an der Gnadenaktsqualität damit verbunden wurden.
In früheren Zeiten wie auch heute noch in Laienkreisen, sieht man das Recht vor allem von seiner subjektiven Seite her, nämlich als Inbegriff von Berechtigungen. Der rechtsfreie Raum beginnt dann dort, wo der Kreis der subjektiven

---

1) Die potentielle Fähigkeit, Rechte des Individuums zu verletzen, sieht Menges (S. 13) als eine Eigenschaft des Aktes selbst an. Die Vorstellung ist auch sonst häufig anzutreffen, ohne daß sie klar formuliert würde. Schon deshalb ist die Behandlung des Rechts auf Gnade bei der Untersuchung der Rechtsnatur des GA geboten.

2) vgl. oben S. 1, Anm. 1; Bayl, Beiträge zum Criminalrecht, 1. Teil, S. 124; Plochmann, S. 3; Adolph, S. 33; Abegg, § 166, S. 248; Riss, Recht und Gnade, DRiZ 1914, Sp. 1284; Hoffmann, Bedingte Strafaussetzung unter Auflage, Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, Bd. 70 (1926), S. 290; W. Jellinek, VVDStRL 8, S. 159 ff (Diskussionsbeitrag); Grewe, S. 11, 103; Nieders, S. 7, Anm. 3; Wever, S. 90, 104; Stieler, Zuständigkeit der Steuergerichte in Steuerstraf- Gnaden-Sachen? StuW 1953, Sp. 363 ff; Schulz, Blick in die Zeit, MDR 57, S. 77 ff; BVerwG, Urt. v. 31. 1. 58, BVerwGE, Bd. 6, S. 167 ff (169); Sczostak, Gerichtsfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 449; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1. 7. 1958, JZ 1959, S. 58 f (59); wohl auch Kahl, Die jüngste Amnestie, DJZ 1925, Sp. 1284 und Tietgen, Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, NJW 1956, S. 1132. A. A. z. B. der BFH, Entsch. v. 17. 4. 51, BStBl. 1951, III, S. 107.

3) vgl. Dreher, Über die gerechte Strafe, S. 147 ff; Nieders, S. 185; Wever, S. 90. Ein Recht auf Begnadigung war teilweise schon unter den Naturrechtslehrern

Rechte endet [1]. Der Mangel eines Rechts auf Gnade bedeutet deshalb von der Seite des Bürgers aus gesehen das Vorliegen eines rechtsfreien Raumes. So verwandelt sich bei der Erörterung des Rechts auf Gnade die Antithese von Gnade und Recht in den Gegensatz von Gnade und Berechtigung [2].

Bei der Darstellung des Wesens des subjektiven Rechts stehen sich die Willens- und die Interessentheorie gegenüber [3]. Nachdem es sich gezeigt hat, daß beide Auffassungen den Inhalt des subjektiven Rechts nicht einseitig voll ausschöpfen konnten [4], wurden die Theorien in mannigfacher Weise miteinander kombiniert [5]. Bei dem Recht auf Gnade verdient das Willensmoment besonderer Hervorhebung, da das Verlangenkönnen gerade mit der Begnadigung, welche als verzeihende Herablassung des Höherstehenden zu einem Tieferstehenden angesehen wird, in Widerspruch zu stehen scheint.

Das etwaige Recht auf Gnade kann nur öffentlich-rechtlichen Charakter haben. Ein Bestehen subjektiver öffentlicher Rechte ist bedingt durch die rechtsstaatliche Auffassung von der Selbstverpflichtung des Staates, der selbst an die Rechtsordnung gebunden ist und unter der Idee des Rechts steht [6]. Für die hier abgelehn-

---

anerkannt (vgl. Grewe, S. 83), wobei allerdings der früher andersartige Sinn und Zweck des Rechts nicht übersehen werden darf. Die Terminologie ist hinsichtlich der Ausgleichsgnade nicht einheitlich, so wird von "formeller Gnade", von Gnade, die der Gerechtigkeit dient usw. gesprochen.

1) Engisch, Der rechtsfreie Raum, ZStW, Bd. 108 (1952), S. 403 f; vgl. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 409 ff; Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 47

2) Was die "reine" Gnade anbelangt, so wurde bereits dargelegt, daß sie ein Rudiment gottähnlichen Despotismusses ist. Daraus erhellt, daß es auf sie kein Recht geben kann: "Aus der Stellung des Menschen zu dem, was Gott heißt, folgt ferner, daß man ein göttliches Wesen zwar mit Bitten, nicht aber mit Befehlen angehen kann" (Engisch, aaO., S. 405). Der entwicklungsgeschichtliche Zusammenhang von Gnade und charismatischer Herrschaftsform wird auch hier sichtbar.

3) Für die Willenstheorie mag Windscheid-Kipp, Pandekten, 9. Aufl., 1. Bd., S. 156, angeführt werden, die Interessentheorie ist besonders charakteristisch bei Dernburg, Pandekten, Bd. I, S. 88 f, dargestellt.

4) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 10; Bachof, Klage, S. 63 f

5) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 201; Bachof, aaO.; ders., Reflexwirkungen, S. 292 f; Maunz-Dürig, Bem. V, 1, c, zu Art. 19 IV GG (Rdnr. 34). Nawiasky neigt dagegen zur Willenstheorie (Allgemeine Rechtslehre, S. 156 und Staatslehre, 3. Teil, S. 59).

6) vgl. E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd., S. 677 f; Amberger, Subjektiv-öffentliches Recht und freies Ermessen, S. 4, Anm. 2 und S. 13

te reine Gnadenidee kann es deswegen kein subjektives Recht geben, weil ihr Geltungsgrund letztlich nicht mehr im Recht, sondern in einer über dem Recht stehenden Persönlichkeit wurzelt [1]. Da aber ein anderer Standpunkt eingenommen wurde, der auch in der Gnadenausübung einen Dienst an Recht und Gerechtigkeit sieht, ist die Frage nach dem Recht auf Gnade dogmatisch aussichtsreich.

Zur Bestimmung des subjektiven öffentlichen Rechts wird zum Willens- und Interessenkriterium noch die Beteiligung des Trägers öffentlicher Gewalt am zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, sein Entstehungsgrund aus Subordination oder Koordination und der Geltungsgrund (Anerkennung oder Verleihung) des Rechtes hinzugefügt und daraus die Definition gebildet [2]. Es setzt eine zwingende Norm voraus, welche den Staat bindet [3]. Auch das formelle subjektive öffentliche Recht [4] ergibt sich aus einer zwingenden Norm, nämlich dem Rechtsstaatsprinzip, welches hier besonders im Hinblick auf den Gleichheitssatz von Interesse ist [5]. Der Gleichheitssatz verbietet willkürliche Differenzierungen: die Behörde

---

1) Bernatzik bezweifelt, daß der langsame Prozeß, durch welchen die Idee einer prinzipiellen Gebundenheit aller Staatsorgane an Rechtsnormen verwirklicht wird, schon in jedem Punkt durchgeführt ist (Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 49). Gerade bei der sogenannten reinen Gnade scheint die Entwicklung noch nicht das Endziel erreicht zu haben.

2) vgl. Bühler, aaO., S. 15; ders., Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, W. Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 274; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1 (1895), S. 104; Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, W. Kahl-Festgabe, S. 93; W. Jellinek, aaO.; Bachof, Klage, S. 65. Ein Überblick über die verschiedenen Definitionen findet sich bei E. R. Huber, aaO., S. 681 f. Zur Rechtsnatur der Grundrechte vgl. v. Mangoldt-Klein, Vorbem. A, VI, 2, c (S. 81 f). Vgl. zum französischen Begriff des subjektiven Rechts Rumpf, Regierungsakte, S. 44, Anm. 10.

3) Bachof, Reflexwirkungen, S. 293 ff; ders., Klage, S. 73 ff; Bühler, aaO. (W. Jellinek-Gedächtnisschrift), S. 272, 274 ff; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I (3. Aufl.), S. 209

4) vgl. Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle, SJZ 1948, Sp. 748 f; Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 162; Eyermann-Fröhler, Kommentar zum VGG, Bem. 4, 3 zu § 36 VGG; OVG Lüneburg, Urt. 23. 2. 51, DÖV 1951, S. 535 f; Amberger, Subjektives-öffentliches Recht und freies Ermessen, S. 92 f; Bachof, Reflexwirkungen, S. 295, Anm. 4; Haueisen, Das formelle subjektive Recht im Verwaltungsprozeß, insbesondere das Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens, DVBl. 1952, S. 521 ff; ders., Das subjektive Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens, NJW 1954, S. 418 f; abw. württ.-badischer VGH (Karlsruher Senat), Beschl. v. 25. 1. 1952, DVBl. 1952, S. 404 ff = Verw. Rspr. 5, S. 378 ff (Nr. 78); Forsthoff, Lehrbuch, S. 173 f

5) vgl. BFH, Gutachten v. 17. 4. 51, BStBl. 51, III, S. 107; v. Mangoldt-Klein,

darf nicht gleichliegende Sachverhalte verschieden behandeln und bewerten, sei es nun, daß sie sich von sachfremden Erwägungen leiten läßt [1], von ihrer eigenen ständigen Übung [2] abweicht und Richtlinien [3] nicht beachtet oder in anderer Weise gegen den Gleichheitssatz verstößt [4]. Der alle Staatsemanationen determinierende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel [5] kann ebenfalls aus dem allgemeinen Willkürverbot abgeleitet werden.
Die betreffende Norm muß den potentiellen Rechtsträger mindestens mitbegünsti-

---

Art. 3 GG, Erl. II, V (S. 194 f); Maunz-Dürig, Bem. V, 2, a, bb (Rdnr. 36).

1) vgl. dazu die Angaben bei Stier, Der Begriff des freien Ermessens und seine richterliche Nachprüfung, S. 93 ff; württ. -badischer VGH, Urt. v. 4. 5. 48, Verw. Rspr. 1, S. 36 ff (Nr. 9).

2) vgl. Preuß. OVG, Urt. v. 9. 12. 1920, AS, Bd. 76, S. 426 ff; OVG Münster, Urt. v. 18. 7. 52, DVBl. 1953, S. 180 ff; weitere Beispiele finden sich bei Stier, aaO., S. 105 ff; Hild. Krüger, Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Grundlage öffentlich-rechtlicher Gruppenrechte, DVBl. 1955, S. 209

3) vgl. BVerwG. Urt. v. 27. 6. 55, Bd. 2, S. 163 ff (167); BVerwG, Urt. v. 16. 5. 57, JZ 1958, S. 356 ff (357); Amberger, aaO., S. 66; Bachof, Reflexwirkungen, S. 295; VGH Stuttgart, Urt. v. 28. 3. 57, DÖV 1957, S. 509 f; Hild. Krüger, aaO., S. 209 f; Oswald, Selbstbindung und Ermessen im allgemeinen Verwaltungsrecht und im Steuerrecht, MDR 1960, S. 20 f; Koehler, VerwGO, § 114, A, III (S. 900 ff); Maunz-Dürig, Bem. IV zu Art. 19 IV; abw. BFH, Urt. v. 17. 4. 55, BStBl. 55, III, S. 267 f (268).

4) vgl. OVG Hamburg v. 14. 6. 1951, DVBl. 1951, S. 634 ff; BFH, Gutachten v. 17. 4. 51, BStBl. 1951, S. 107 ff (108). Schon das preuß. OVG hat die Verstöße gegen den Gleichheitssatz geahndet (vgl. Stier, aaO., S. 93). Für das Gebiet des Finanzrechts ergibt sich aus § 2 StAnpG eine allgemeine Ermessensbeschränkung, die auch im Gleichheitssatz verankert werden kann (vgl. auch Bühler, aaO. (W. Jellinek-Gedächtnisschrift), S. 276). Ein venire contra factum proprium läßt sich ebenfalls als Verstoß gegen den Gleichheitssatz einordnen: Die Behörde setzt sich willkürlich mit ihrem früheren Verhalten in Widerspruch; im Ergebnis ebenso OVG Lünbeburg, Urt. v. 13. 5. 1952, DVBl. 1952, S. 443 f. Die Verwaltungsbehörde ist auch an allgemeine Rechtsgrundsätze gebunden (siehe Stier, aaO., S. 93), die man teils aus Gewohnheitsrecht, teils aus dem Rechtsstaatsprinzip rechtfertigen mag.

5) Bachof, Anm. zum Urt. des LVG Minden, DÖV 52, S. 119; ders., Klage, S. 74 f; ders., Reflexwirkungen, S. 295; LVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 22. 4. 52, NJW 53, S. 317 ff (320) = DVBl. 53, S. 78 ff (81); BVerfG, Urt. v. 3. 6. 54, Bd. 3, S. 384 ff (399); Stier, aaO., S. 112 ff; Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 31; Herb. Krüger, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, Smend-Festschrift, S. 235; A. Koehler, VerwGO, § 114, A, III, 6 (S. 902).

gen wollen [1]. Da unsere Verfassungsordnung dem einzelnen durchgehend eine starke Stellung gegenüber dem Staat einräumt, spricht dafür eine gewisse Vermutung [2]. Diese rechtlich geschützten Interessen, die so von den Rechtsreflexen abgegrenzt wurden, sind unter der Rechtsordnung des GG subjektive öffentliche Rechte [3]. Ein von der Rechtsordnung ausdrücklich klagbar gemachtes Interesse ist ohne weiteres ein subjektives öffentliches Recht [4].

Die subjektiven Rechte werden nach dem Grade ihrer positiven Sicherung, nach ihrem Entstehungsgrund und ihrem Inhalt eingeteilt [5]. Bei den materiellen Rechten wird das Interesse in vollem Umfange geschützt, bei den formellen nur begrenzt [6], so im Hinblick auf das Verfahren. Die Unterscheidung ist nicht scharf durchzuführen. Wenn die Sachlage die Ermessensgrenze so einengt, daß nur eine bestimmte Entscheidung möglich ist, während jede andere notwendig zu einem Ermessensfehler führen würde, kann aus dem formellen Recht ein Anspruch auf Erlaß eines inhaltlich bestimmten VA erhoben werden [7].

---

1) vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 4. 4. 1955, NJW 1956, S. 238 f (239); OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 14. 5. 59, MDR 1960, S. 170 f; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I (3. Aufl.), S. 195 f

2) Es besteht eine Vermutung dahin, daß ein schutzwürdiges Interesse auch ein rechtlich geschütztes Interesse ist (Bachof, Klage, S. 73; ders., Reflexwirkungen, S. 293, 303; E. R. Huber, aaO., S. 684; Wolff, aaO., S. 197).

3) Maunz-Dürig, Bem. V, 1, c, e (Rdnr. 34) zu Art. 19 IV GG

4) Das subjektive öffentliche Recht ist Voraussetzung der Klagbarkeit und nicht die Klagbarkeit Voraussetzung des subjektiven öffentlichen Rechts (vgl. Bachof, Klage, S. 65 ff; ders., Reflexwirkungen, S. 293, 300; Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 11; Amberger, aaO., S. 39; E. R. Huber, aaO., S. 686; Loppuch, Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung zum Rechtsprechungsakt, NJW 1953, S. 1129; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I (2. Aufl.), S. 197 f; abw. Habscheid, Der Anspruch auf Rechtspflege, ZZP, 67. Bd. (1954), S. 191; vgl. auch Thoma, HbdDStR, II, S. 617).

5) vgl. v. Mangoldt-Klein, Vorbem. A, IV, 2, c (S. 82) zu Art. 1 GG; E. R. Huber, aaO., S. 679; Amberger, S. 47; Thoma, aaO., S. 618 ff; Bachof, Klage, S. 65 f

6) Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle, SJZ 1948, S. 748 f; Haueisen, Das subjektive Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens, DVBl. 1952, S. 521 ff; BVerwG, Urt. v. 15. 12. 1955, BVerwGE 3, S. 58 ff (60); Hild. Krüger, aaO., S. 209; Bachof, Klage, S. 68; ders., Reflexwirkungen, S. 299; E. R. Huber, aaO., S. 686; württ.-badischer VGH (Karlsruher Senat), Beschl. v. 25. 1. 55, Verw. Rspr. 5, S. 378 ff

7) Loppuch, Die ungerechte Verwaltungsentscheidung als fehlerhafter VA, DÖV 1952, S. 112; Haueisen, aaO., S. 524; Bachof, aaO., SJZ 48, S. 750; Hild. Krüger, aaO.; OVG Münster, Urt. v. 13. 1. 55, AS 9, S. 218 ff (221 f) = DVBl. 1955,

Die substantiierte Behauptung der Verletzung eines subjektiven Rechts ist Voraussetzung der Anfechtungsklage nach der VerwGO (§ 42) und der Klage nach Art. 19 IV GG [1].

2. Abgrenzung von scheinbar parallelen Problemen

a) Das Recht auf Vollzug der ausgesprochenen Gnade

Die Vollziehung eines erlassenen generellen oder individuellen Gnadenerweises hat nicht Teil an der allgemeinen Problematik des Wesens der Gnade. Der einzelne hat ein Recht darauf, daß die ausgesprochene Gnade auch von den Vollzugsorganen berücksichtigt wird [2]. In den Amnestien ist der begünstigte Personenkreis genau beschrieben. Den Betroffenen erwächst im Einzelfall ein subjektives Recht auf Verwirklichung des generellen Gnadenerweises. Dogmatisch ist das unschwer zu begründen, da die Amnestie als Gesetz im materiellen Sinne angesehen werden muß [3].

b) Rechtsverletzungen durch GA

Vielfach werden GA mit "Auflagen" verknüpft. Solche "Auflagen" [4] können

S. 437 f; Bachof, Klage, S. 94; BFH, BStBl. 51, III, S. 107 ff (110) (Gutachten v. 17. 4. 51).

1) Zu den Einzelheiten vgl. v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 19, Anm. VII, 4 (S. 573); Bachof, Klage, S. 78 ff, 13; Eyermann-Fröhler, VerwGO, § 42, Rdnr. 85 ff (S. 107 ff); Klinger, VerwGO, § 42, C, 3, 4 (S. 145 ff); A. Koehler, VerwGO, § 42, C, IV (S. 299 ff); Redeker-Oertzen, VerwGO, § 42, Rdnr. 63 ff (S. 147 ff).

2) vgl. Mattern, Rechtsprechung zum allgemeinen Steuerrecht, JZ 1953, S. 404, Anm. 87; v. Bar, S. 450

3) BVerfG, Beschl. v. 22. 4. 53, BVerfGE 2, S. 222; BGH, Urt. v. 25. 6. 1953, BGHStr. 4, S. 287 ff (289); Klees, S. 77; Stähle, S. 7; a. A. Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStRL 4, S. 126; Gerland, S. 572; Funcke, S. 13; Lissner, S. 13; Heiman, S. 56; der Sache nach auch Laband, Das Staatsrecht des Dt. Reiches, III, S. 504; OLG Oldenburg, Beschl. v. 24. 2. 50, NJW 1950, S. 474. Gegen die Rechtssatzqualität der Amnestie wird eingewendet, es handle sich um Regelungen für den konkreten Einzelfall (so Pralle, S. 5 f; a. A. mit Recht Forsthoff, Über Maßnahmegesetze, W. Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 224). Pralle (S. 48) schließt auch aus einem argumentum a majore ad minus, daß der Gesetzgeber befugt sei, Einzelbegnadigungen zu erlassen, was wegen der Kompetenz des Bundespräsidenten sehr bedenklich ist.

4) Trotz der amtlichen Bezeichnung handelt es sich im rechtstechnischen Sinne um Bedingungen und nicht um Auflagen.

grundrechtlich gewährte Rechte beeinträchtigen [1]. Eine Rechtfertigung durch Einwilligung erweckt Bedenken, weil es an der Freiwilligkeit fehlt [2] und auf Grundrechte nur beschränkt verzichtet werden kann [3]. Die Rechtsgrundlage für solche "Auflagen" kann nicht die Gnadenordnung bilden [4], sondern die Vorschriften, welche die ursprünglich verhängte Strafe getragen haben. Die Auflagen können deshalb, wenn Rechte des Begnadigten verletzt werden, nur soweit auferlegt werden, als dieselben Rechte bei Vollstreckung der im Urteil verhängten Strafe mindestens im gleichen Umfang beeinträchtigt werden würden [5]. Aus der gleichen Überlegung heraus ist es auch nicht zulässig, zu einer dem Strafkatalog fremden Strafe, etwa Prügelstrafe, zu begnadigen [6]. Eine Begnadigung zu einer milderen Strafe ist stets zulässig. Milder ist eine Strafe dann, wenn sie bei Betrachtung des gesetzlichen Strafensystems, der Veranlagung und den Bedürfnissen des Verurteilten objektiv milder erscheint [7].

---

1) Ein Beispiel ist der Fall Hau (vgl. Hoffmann, Bedingte Strafaussetzung unter Auflage, Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, Bd. 70, S. 289 ff): Hau wurde zum Tode verurteilt und später zu Zuchthaus begnadigt. Schließlich wurde ihm Strafurlaub auf Wohlverhalten mit 6-jähriger Bewährungsfrist gewährt unter der Auflage, "daß er alle ehrenkränkenden Angriffe gegen die von ihm Ermordete oder ihre Angehörigen, auch jeden Mißbrauch seiner Straftat ... zu Angriffen gegen die beteiligten Behörden oder zu ... sensationellen schriftlichen Darstellungen unterlassen solle". Hau hat später einschlägige Schriften veröffentlicht, worauf der Strafurlaub widerrufen wurde. Hat die "Auflage" rechtswidrig Art. 118 WRV (vergleichbar Art. 5 GG) verletzt?

2) vgl. Stähle, S. 70

3) Die Unverzichtbarkeit betrifft in besonderer Weise die Menschenwürde (Giese, Kommentar zum GG (1953), Bem. II, 1 zu Art. 1 GG; Maunz-Dürig, GG, Bem. II, 2, c zu Art. 1 I (Rdnr. 22); Stähle, S. 69).

4) Mannheim (Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, S. 331) hält die Gnadenordnung schon für die WRV nicht ausreichend. Das GG stellt durchweg erhöhte Anforderungen an grundrechtseinschränkende Gesetze (Art. 19 GG).

5) Ähnlich formuliert Stähle (S. 74), daß bei der bedingten Begnadigung keine Beschränkungen des Verurteilten zulässig sind, die über den Vollzug der Strafe hinausgehen und nicht den Zwecken des Strafvollzugs dienen (abw. Hoffmann, aaO., S. 295; Mannheim, aaO., S. 331 f; Pich, Der Haftbefehl gegen Hau und Art. 118 WRV, DRiZ 26, 49 f).

6) vgl. Stähle, S. 36; Eb. Schmidt, HbdDStR, II, S. 568 f; v. Liszt-Schmidt, S. 441; v. Bar, S. 479

7) Dies ist sehr umstritten: entweder wird auf rein objektive oder nur auf subjektive Gesichtspunkte abgestellt, während hier ein Mittelweg versucht ist. Wich-

3. Zur Rechtssatzqualität der Gnadenvorschriften

Ergeben die "Normen", welche die Gnadenausübung regeln [1], ein Recht auf Gnade ? Überwiegend handelt es sich um Organisations- und Verfahrensregeln [2]. Verlangt die Verfassung von ihnen Rechtssatzqualität ? Haben sie Rechtsnormcharakter ?

Umschreibt man das Gesetz mit dem Gesetzesvorbehalt und zieht man den Gegenschluß, daß alle Vorschriften, die nicht in Freiheit und Eigentum eingreifen, keine Gesetze sind, so müßte an sich alles Recht, das Zuständigkeit und Verfahren regelt aus dem Rechtssatzbegriff ausgeschieden werden. Dieses Verfahren wurde bei den Organisationensnormen nicht konsequent durchgeführt [3], da sonst wichtigen Regelungen wie dem GVG und sogar Verfassungsnormen die Rechtssatzqualität abgesprochen werden müßte. Als Begründung wird neuerdings ausgeführt, daß auch den Staatsorganen eine gewisse Rechtssubjektivität zukomme, weshalb auch Kompetenzregelungen in Rechte eingreifen könnten und Rechtsnormcharakter haben müßten [4]. Diese Lösung gefährdet eine scharfe Trennung von Innen- und Außenfunktion innerhalb der Verwaltung [5]. Geht man von der historisch

---

tig war die Frage bei Todesurteilen. Eine Begnadigung zu lebenslänglichem Zuchthaus wurde mitunter von den Betroffenen als Straferschwerung angesehen (siehe D. Klatt, Treffpunkt Berlin-Moabit, S. 74; Rumpf, aaO., S. 60 -Fall Gugel-).

1) Art. 60 II GG und die entsprechen Vorschriften der Landesverfassungen; die Anordnung des Bundespräsidenten über die Ausüb. des Begnadigungsrechts des Bundes v. 10. 12. 52 (BGBl., I, S. 790) und die parallelen Länderregelungen; die GnO v. 6. II. 1935 (Dt. Justiz, S. 203), Welche in wenig modifizierter Form teils noch weiter gilt, teils durch ganz ähnliche Vorschriften ersetzt ist. Vergleichbare Vorschriften gelten für die Finanzsachen (vgl. Geerds, S. 13, Anm. 2; Wahl, S. 62 ff).

2) Zum Begriff der Organisationsverordnung vgl. Jacobi, HbdDStR, II, S. 262

3) Auf die Unfolgerichtigkeit der h. L. hat u. a. Thierfelder, Die staatsrechtliche Bedeutung des Staatshaushaltsplans, S. 135, hingewiesen.

4) vgl. Menger im Anschluß an Schönfeld und H. J. Wolff (Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 16 f). Schon Thoma, HbdDStR II, S. 613, gibt den Behörden zwar nicht im Außenverhältnis, wohl aber in innerorganisatorischer Hinsicht, eigene Rechtssubjektivität. Nawiasky stützt diese Auffassung praktisch auf andere Weise, indem er die Parallelität von Kompetenz und subjektivem Recht hervorhebt (Allgemeine Rechtslehre, S. 163).

5) Diese Unterscheidung ist von der herrschenden Meinung immer noch nicht aufgegeben worden. Die abweichende Ansicht von Herb. Krüger, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, Smend-Festschrift (1952), S. 211 ff hat mit Recht Widerspruch hervorgerufen (vgl. besonders Bachof, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Laforet-Festschrift, S. 285 ff). Die Trennung der Staatshandlungen in

zweckhaften Funktion des Gesetzesbegriffes aus, die oben (S. 59 f) als letztes Kriterium für die Frage angegeben wurde, wann ein Gesetz vorliegt und wann es vorliegen muß, so läßt sich innerhalb der Organisations- und Verfahrensvorschriften kein einheitliches Ergebnis finden [1]. Den Gnadenordnungen wurde noch nie eine solche Bedeutung zugemessen, daß sie als Rechtssätze erlassen wurden und der Kompetenz des Gesetzgebers unterlegen haben. Das gilt für die formellen wie für die wenigen materiellen Vorschriften der Begnadigung. Es können noch andere Argumente dafür herangezogen werden, daß die Gnadenregeln im Rechtsstaat nicht zwingend Rechtssatzcharakter haben müssen. Die Gnadenausübung steht der leistungsgewährenden Verwaltung insofern ähnlich, als auch bei ihr nur Begünstigungen erfolgen [2]. Zuständigkeit und Verfahren der leistungsgewährenden Verwaltung stehen aber nicht unter dem Gesetzesvor-

---

solche, welche dem Machtwert und andere die dem Rechtswert unterliegen, kann nicht überzeugen. Was Krüger als "Umschlag" bezeichnet, ist in Wirklichkeit das Offenbarwerden der auch in den Verwaltungsanweisungen vorhandenen potentiellen Rechtsfunktionen. Vgl. auch Thierfelder, aaO., S. 50, 64, 104; G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 243; Maunz-Dürig, Bem. IV, 1, Anm. 2 (Rdnr. 30) zu Art. 19 IV GG.

1) Thoma wendet sich gegen Versuche, die Frage, ob Organisationsvorschriften Rechtssätze sind, generell und abstrakt-begrifflich zu beantworten (HbdDStR, II, S. 223, Anm. 7). Dementsprechend stellt der hessische StGH auf den konkreten Einzelfall ab: Das Verfahrensrecht stehe dann nicht in allen Einzelheiten unter dem Vorbehalt des formellen Gesetzes, wenn die Bedeutung des Verfahrens für die Allgemeinheit gering sei (Urt. v. 22. 1. 60, DÖV 1960, S. 341). Aber auch Menger modifiziert nach der Bedeutung der mehr formellen Vorschriften: Die Fundamentalsätze des organisatorischen Teils der Verfassung besitzen ihre innere Begründung in der Aufrechterhaltung der demokratischen Grundordnung, dienen damit der Friedensordnung und sind somit Rechtssätze (Menger, aaO., S. 17; vgl. auch Jahrreiß, Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung, Nawiasky-Festschrift, S. 128). Ein solcher Fundamentalsatz ist wohl auch Art. 60 II GG.

2) Gegen eine Gleichstellung der Präsidialakte mit den Akten der Daseinvorsorge Hild. Krüger, Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsgrundlage öffentlich-rechtlicher Gruppenrechte, DVBl. 1955, S. 180. Die Präsidialakte seien Luxuserscheinungen im Staatsleben, wogegen die Akte der Daseinvorsorge

behalt [1]. Wenn nun die Vorschriften über die Ausübung des Gnadenrechts nicht dem Postulat nach einem Rechtssatz unterworfen sind, so ist es natürlich trotzdem zulässig, daß gelegentlich eine Regelung gesetzlich getroffen wird. So ist etwa die Anordnung des Bundespräsidenten über die Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes v. 10. 12. 1952 (BGBl. I, S. 790) als Rechtsverordnung erlassen[2]. In ihr werden allerdings ausschließlich Kompetenzen und Verfahren geregelt, so daß daraus ein materielles Recht auf Gnade nicht erwachsen kann. In § 21 der Gnadenordnung vom 6. 2. 35, Deutsche Justiz S. 203, der wenigstens sinngemäß noch allgemeine Geltung hat, findet sich zwar eine inhaltliche Regelung, aber die genannte Anordnung sowie ihre Nachfolgerinnen wurden als Verwaltungsanordnungen erlassen.

4. Das Recht auf Gnade als Frage nach dem Verhältnis von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit

Angenommen jemand sei zu einer langjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Nach einigen Jahren Strafverbüßung stellt sich heraus, daß die Strafe auf einer Doppelverurteilung, einem Exzeß in der Strafzumessung oder auf anderem offenbaren Unrecht beruht [3]. Soll nun der Betroffene darauf angewiesen sein, um

---

existenznotwendig wären. Wenn diese Überlegung richtig wäre, würde die Zuständigkeit und das Verfahren bei Erlaß der GA erst recht nicht dem Gesetzesvorbehalt unterliegen. Indes hat Hild. Krüger nicht berücksichtigt, daß der GA eine wichtige Rechtsfunktion inne hat, für den einzelnen von existentieller Bedeutung sein kann, daher also nicht eine Luxuserscheinung des Staatslebens ist.

1) BVerfG, Urt. v. 6. 5. 1958, BVerfGE 8, S. 155 ff (167)

2) Da inhaltlich kein Grund vorliegt, eine Rechtsverordnung anzunehmen, kann die Klassifizierung als Verwaltungsanweisung rein formell erfolgen. Die Rechtsverordnungen sind nach dem Gesetz vom 13. 10. 1923 (RGBl. I, S. 959), ersetzt durch das Bundesgesetz v. 30. 1. 1950 (BGBl. I, S. 23), im Reichsgesetzblatt, Reichsministerialblatt und deutschen Reichsanzeiger, nun im BGBl. oder im Bundesanzeiger zu verkünden. Die Deutsche Justiz ist nicht genannt. Zum Problem einer formellen oder materiellen Unterscheidung von Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung vgl. OVG Berlin, Urt. v. 28. 11. 1958, JR 1959, S. 112 ff (113) mit weiteren Hinweisen.

3) Zum Gnadengrund der Doppelverurteilung vgl. Hartung, Das Gnadenrecht in der Kriegs- und Nachkriegszeit, JW 1921, S. 2769. Bendix schildert einen Exzess in der Strafzumessung, der ebenfalls unbedingter Gnadengrund ist (Einzelbegnadigung und Rechtskraft, Monatsschrift für Kriminalpsychologie, 1926, S. 116). Das Hans. OLG, Urt. v. 6. 12. 50, NJW 1951, S. 123 f, verweist selbst in einem Fall, in dem ein Verfahrenshindernis eindeutig übersehen wurde, auf die Gnade. Dem

Gnade zu bitten [1]? Ist er nicht zum Objekt erniedrigt, wenn er nur darauf hoffen kann, daß das bittere Unrecht eine "gnädige Gesinnung" herbeiführt? Muß nicht vielmehr in einem Staate, der seine Verfassung auf die Würde des Menschen gründet (Art. 1 GG) und dessen oberstes Ziel die Verwirklichung der Gerechtigkeit ist [2], dem Unschuldigen in solchen Fällen eine Willensmacht verliehen werden? Ergibt sich also aus Art 1, 20, 28 GG bei krassen Ungerechtigkeiten ein subjektives Recht auf Begnadigung?

Die Frage kann nicht ohne Blick auf die Gesamtrechtsordnung beantwortet werden. Dabei ergibt sich, daß eine Rechtsmacht auf erneute Nachprüfung und Überprüfung der verhängten Strafe nur in bestimmten Fällen, Formen und Fristen (vgl. § 359 ff StPO) gegeben ist. Der Sinn dieser Regelung ist, daß einmal Klarheit und Rechtsfriede einkehrt. Vom Standpunkt der absoluten Gerechtigkeit aus scheint es erwünscht, daß das Urteil immer von neuem bis in die Unendlichkeit nachgeprüft werden kann [3]. Dem steht die Rechtssicherheit, die auch an der Rechtsidee Teil hat, gegenüber [4]. Das Institut der Rechtskraft und die Wiederaufnahmegründe der StPO stellen den wohlausgewogenen Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit dar [5]. Nun ließe sich allerdings einwenden,

---

Beschluß des BFH v. 23. 3. 55 und Urt. v. 6. 7. 55 (BStBl. 55, III, S. 276) in einer Gnadensache geht eine Verurteilung voraus, in welcher dem Betroffenen eine Straftat zur Last gelegt wurde, die dieser nach den zeitlichen Feststellungen eindeutig nicht begangen haben konnte. Dem Verfasser wurde aus der Gnadenpraxis ein Fall mitgeteilt, wo durch ein Versehen bei der Formulierung des Tenors in der höheren Instanz unzweifelhaft gegen den Grundsatz der "reformatio in peijus" (vgl. §§ 331, 358, 373 StPO) verstoßen wurde. In diesen krassen Fällen spricht die Gnadenpraxis von "notwendigen GA".

1) Nach Klees (S. 45) bedarf nur der Verbrecher der Gnadenerweise, der Unschuldige habe sein Recht zu fordern. Vgl. auch oben S. 94.

2) Der Rechtsstaat ist ein auf die Verwirklichung der Gerechtigkeit zielender Staat (Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12, S. 39; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 20, VI, S. 600; Nawiasky, Allgemeine Staatslehre, 3. Teil, S. 130; Amberger, aaO., S. 55 ff; Michels, Der Rechtsstaat und die rechtsprechende Gewalt, S. 3 ff).

3) Dahm, Deutsches Recht, S. 14

4) Die Rechtssicherheit ist ebenfalls eine Leitidee des Rechtsstaates (BVerfG, Urt. v. 1. 7. 1953, BVerfGE 2, S. 380 ff (381); Bachof, aaO., S. 44 f).

5) A. A. offenbar Bendix, der die Rechtskraft direkt der Gerechtigkeit zuordnet, die Rechtskraft fingiere die Gerechtigkeit der Entscheidung (Bendix, aaO., S. 111 ff). Er sieht wie viele andere im GA einen Verstoß gegen die Rechtskraft des Urteils. Das kann dahingestellt bleiben, solange die Gnadenausübung an sich von der Rechtsordnung anerkannt ist.

daß im Zeichen unserer neuen Verfassungsordnung gerade im Strafrecht dieses Verhältnis zugunsten der Gerechtigkeit verschoben sei [1], rechtstechnisch mithin die Wiederaufnahme des Verfahrens durch das materielle Recht auf Gnade ergänzt werden müsse. Dem stehen aber Bedenken grundsätzlicher Art gegenüber.

5. Das Recht auf Gnade als Bewertungsproblem formaler Rechtsstaatselemente und materialer Inhalte

Der Rechtsstaat ist gekennzeichnet durch gewisse Formen, Methoden und Verfahren [2]. Seine Realisierung hängt entscheidend von der näheren Gestaltung verwaltungsrechtlicher Institutionen ab, wozu auch der prozessuale Ausbau des Rechtsschutzes gehört. Die Formen sind nicht beliebig gewählt, sondern dienen selbst wieder der Verwirklichung der Gerechtigkeit [3]. Eine davon ist das subjektive öffentliche Recht, welches BÜHLER anschaulich einen Eckstein im Gebäude des Rechtsstaats nennt [4]. Nun ist grundsätzlich anerkannt, daß allgemeine Rechtsprinzipien wie das Rechtsstaatsprinzip, der Gleichheitssatz und das Sozialstaatsprinzip Grundlage öffentlich-rechtlicher Ansprüche sein können[5]. Schwerste Bedenken müßte es aber erwecken, allein aus dem Grundziel des

---

1) Ganz ähnlich glaubt Bendix aus der neuen freistaatlichen Verfassung heraus, welche die monarchische abgelöst hat, den Wiederspruch zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zugunsten der ersteren in ein neues Verhältnis bringen zu können (vgl. Bendix, aaO.). Andrerseits wird selbst im Zeichen des GG (bei Bendix war es noch die WRV) die Rechtssicherheit nach althergebrachter und unbestrittener Rechtsüberzeugung gewertet (vgl. v. Mangoldt-Klein, GG, Einleitung, IV, 7, b, S. 10).

2) Forsthoff, VVDStRL 12, S. 126 f (Schlußwort); ders., Über Maßnahmegesetze, W. Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 222; vgl. auch Heller, Staatslehre, S. 273.

3) vgl. Bachof, aaO., S. 43 f. Bachof betont, daß es sich nicht um beliebige Formen, Verfahren und Methoden handeln könne, sondern daß der Rechtsstaat durch solche gekennzeichnet sei, welche der Wahrung der materiellen Gerechtigkeit adäquat sind (Wehrpflichtsgesetz und Rechtsschutz, S. 9).

4) Bühler, Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, W. Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 286; vgl. aber auch die ablehnende Stellungnahme Giacomettis (Verwaltungsrecht, S. 306 ff) zu den subj. öff. Rechten.

5) Hild. Krüger, Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsgrundlage öffentlich-rechtlicher Gruppenrechte, DVBl. 1955, S. 212.

Rechtsstaates, der Realisierung der Gerechtigkeit oder aus der Schutzwürdigkeit des Betroffenen heraus schon allein subjektive Rechte zu folgern. Denn dann würden bald die Formen sinnlos und von den materialen Inhalten überspielt werden: alles was gerecht erscheinen würde wäre im Prinzip einklagbar und damit die Rechtsprechung zur unmittelbar entscheidenden Instanz in sämtlichen öffentlichen Lebensfragen erhoben. Die daraus folgende Rechtsunsicherheit würde selbst wieder gegen die Gerechtigkeit verstoßen. Die Lehre vom Recht würde aus einer Wissenschaft zu einer ars aequi et boni [1]. Unser Rechtsdenken muß jedoch der totalen Finalisierung, welche auf dem weithin teleologischen Denken beruht, entzogen bleiben [2]. Institute und Institutionen wie sie die Tradition geschaffen haben sind daher grundsätzlich zu wahren [3]. Die allgemeine in der Rechtslehre und Gerichtspraxis spürbare Tendenz [4], durch einen unmittelbaren Rückgriff auf materielle Werte die Formen selbst zu vernachlässigen, kann nicht ins Uferlose gesteigert werden. Ein Recht auf Gnade als Prototyp eines Rechts auf Gerechtigkeit kann deshalb nicht konstruiert werden. Damit ist aber nicht die Lösung des Problems präjudiziert, ob aus näheren Konkretisierungen des Rechtsstaates, wie etwa dem Gleichheitsgedanken ähnliche Wirkungen erzielt werden können.

---

1) vgl. Rumpf, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL, Bd. 14, S. 169

2) Werhahn, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 62. Bedenklich ist, wie etwa allein aus dem Rechtsschutzzweck der Begriff des VA abgegrenzt wird. So meint z. B. Tietgen, daß GA im Sinne einer zweckgerechten Auslegung keine VA seien (Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, NJW 1956, S. 1132).

3) "Der Abbau der Formtypik des Rechtsstaates ist doch noch nicht so weit fortgeschritten, daß allgemein der unmittelbare Rückgriff auf materielle Gerechtigkeitsgehalte für zulässig erachtet werden dürfte" (Forsthoff, Lehrbuch, S. 371). Gegen eine derartige Tendenz wendet sich auch LVG Minden, Urt. v. 19. 6. 1951, DÖV 1952, S. 117 f mit insoweit zust. Anm. Bachof.

4) Z. B. stellt der BGH im Urt. v. 14. 10. 1959, MDR 1960, S. 38 f, bei der Frage, wann eine Veränderung der Geschäftsgrundlage seit einem Vertragsabschluß gegeben ist, letztlich darauf ab, ob das Ergebnis mit "Recht und Gerechtigkeit" zu vereinbaren ist. Man wird der überkommenen Doktrin nicht absprechen können, daß auch sie bemüht war "Recht und Gerechtigkeit" zum Durchbruch zu verhelfen. Hierbei wurde aber versucht, die hintergründigen Wertentscheidungen über sorgfältig ausgewogene Begriffe, Systeme und Konstruktionen auszuschlüsseln und praktikabel zu machen.

II. Gibt es ein formelles Recht auf Gnade ?

1. Das Recht auf Einhaltung der Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften

Es ist anerkannt, daß ein VA dann fehlerhaft ist - ob nichtig oder nur aufhebbar kann hier dahingestellt bleiben -, wenn die funktionelle, sachliche oder örtliche Zuständigkeit von der erlassenden Behörde nicht gewahrt ist [1]. Soweit die Zuständigkeit durch Rechtssätze geregelt ist, läßt sich das verletzte subjektive Recht unmittelbar aus den Kompetenzvorschriften selbst herleiten, denn diese sind auch im Interesse des Bürgers gegeben [2]. Wenn es sich um VA handelt, welche in Freiheit und Eigentum eingreifen, braucht nach der für die Anfechtungsklage erforderlichen Rechtsverletzung ebenfalls nicht lange gesucht zu werden. Letztlich wird aber der Gleichheitssatz dazu herangezogen werden müssen, in allen Fällen, in denen es für den Rechtsschutz des Bürgers unerläßlich ist, ein Recht auf Einhaltung der Form- und Verfahrensvorschriften zu entwickeln [3]. Die GA weichen von den allgemeinen Fehlergründen der VA in Bezug auf Zuständigkeit und Verfahren grundsätzlich nicht von den übrigen VA ab [4], so daß eine Vertiefung dieser Problema-

---

1) OVG Münster v. 15. 11. 1956, AS, Bd. 12, S. 27 ff; VGH Freiburg v. 17. 12. 56, ZBR 1957, S. 157 f; Hess. VGH v. 9. 4. 1958, ESVGH, Bd. 8, S. 140 ff

2) Forsthoff, Lehrbuch, S. 214. Ule (VerwGO, § 42, Erl. II, 2, S. 100) spricht von einem Recht, das der einzelne darauf hat, daß die Verwaltungsbehörde die Form- und Verfahrensvorschriften einhält. Junker ist der Auffassung, daß in einem Rechtsstaat der Verurteilte ein Recht auf ein geordnetes Verfahren hat (Über Gnadenwesen, ZStrW, Bd. 63 (1951), S. 435). Anerkennung hat ein formelles Recht auf Einhaltung des vorgeschriebenen Instanzenzuges gefunden (Haueisen, Das formelle subjektive Recht, DVBl. 1952, S. 521).

3) Nach Menger dient die Betrauung bestimmter Staatsorgane mit festen Kompetenzen der Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes (System, S. 30). Der Gleichheitssatz verlangt, daß ein VA nicht diejenigen Anforderungen verletzt, die an sein Zustandekommen im Wege der Gesetzgebung, der Verwaltung oder der Rechtsprechung zu stellen sind (v. Mangoldt-Klein, Art. 3 GG, Erl. II, 5, S. 194 ff). A. Koehler ist der Ansicht, daß auf Grund der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der VA von der zuständigen Stelle erlassen wird (VerwGO, § 113, B, VII, 1, S. 841). Für belastende VA kann das Ergebnis aber schon aus dem durch den VA verletzten materiellen Recht selbst abgeleitet werden, während bei begünstigenden VA der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nur sehr beschränkt gilt.

4) dazu vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 211 ff. Zur Bedeutung dieser Probleme gerade beim Gnadenrecht vgl. Fließbach, Zur Frage der gerichtlichen Anfechtbarkeit von einen Steuererlaß ablehnenden VA im Verwaltungssteuerstrafverfahren, StuW 1959, Sp. 620 f.

tik nicht erforderlich scheint. PRALLE hat ein ganzes System von Fehlergründen des GA entwickelt [1]. Wichtig ist, daß durch einen GA nicht die Gnadenhoheit eines anderen Landes oder des Bundes verletzt wird [2]. Ein subjektives Recht auf Einhaltung der Gnadenhoheit läßt sich unmittelbar aus Art. 60 II GG und den entsprechenden Vorschriften der Länderverfassungen ableiten [3].

2. Die Ermessensbindung durch das GG

a) Die Stellung des Instituts der Gnade innerhalb des verfassungsrechtlichen Gesamtgefüges

Aus der Verfassungsordnung ergibt sich das Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens. Was liegt nun näher, als auch die Gnadenerweise der üblichen Ermessensbindung zu unterwerfen? In Verbindung mit Art. 19 IV GG und unter Berücksichtigung eines der Natur der Sache nach umfangreichen Ermessens scheint sich das Problem einer Rechtsbindung der Gnadengewalt unschwer lösen zu lassen. Indes können diese vordergründigen Überlegungen keineswegs als herrschend gelten. Nur teilweise spricht man bei der Gnadenausübung von einem freien [4] oder einem pflichtmäßigen [5] Ermessen. Vielfach wird jegliche Identität und Parallelität des Gnadenerweises mit der Ermessensentscheidung geleugnet [6]. Können nun auf die Begnadigung die Ermessensregeln ange-

---

1) Pralle, S. 27 ff. Pralle befaßt sich aber ausschließlich mit der Fehlerhaftigkeit begünstigender GA.

2) Der Bund hat bei Auslegung des Art. 60 GG unter historischen Gesichtspunkten nur das Begnadigungsrecht in Sachen, in denen erstinstanzlich ein bundeseigenes Gericht tätig war (Maunz-Dürig, Bem. II, 6 zu Art. 60 GG (S. 60); v. Mangoldt-Klein, Bem. 3 zu Art. 60 (S. 325)).

3) Formelle Rechte ergeben sich auch aus der Verordnung des Bundespräsidenten (siehe oben S. 102 f) und den entsprechenden Bestimmungen der Länder (vgl. für Baden-Württemberg GBl. 1954, S. 81).

4) Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, S. 289; Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Zitelmann-Festschrift, S. 11; Laband, Das Gnadenrecht in Finanzsachen nach preußischem Recht, AöR, Bd. 7 (1892), S. 170; Gerland, S. 573; Merkel, Lehrbuch des Dt. Strafrechts, S. 247; v. Bar, S. 469

5) Kühn, AO, Bem. 2 zu § 477; Maurach, Dt. Strafrecht, I, S. 727; Pralle, S. 65

6) württ.-badischer VGH, Urt. v. 13. 10. 1949, DÖV 1950, S. 377; Nieders, S. 13; Leise, Steuergerichtliche Nachprüfung von Gnadensachen, NJW 1953, S. 1088; ders., Sind Entscheidungen der Finanzbehörden in Gnadensachen finanzgerichtlich anfechtbar? NJW 1955, S. 1668 ff; Sczostak, Gerichtsfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 448; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1. 7. 58, JZ 1959, S. 59; a. A. BFH, Urt. v. 1. 12. 55, BStBl. 1955, III, S. 26; BFH, Beschl. v. 23. III. 55, Urt. v. 6. 7. 55, BStBl.

wendet werden ?

Zunächst ist Art. 60 II GG zu interpretieren. Zwar handelt es sich eigentlich nur um eine formelle Vorschrift; trotzdem wird man davon ausgehen müssen, daß der Gesetzgeber mit der Zuweisung der Kompetenzen an ihre Träger auch gewisse inhaltliche Vorstellungen über das Gnadenrecht verbunden hat. Das Gnadeninstitut beruht auf einer langjährigen Tradition [1]. Irgendwelche Bindungen rechtlicher Art wurden bis jetzt von der Gnadenpraxis einhellig abgelehnt. Nach den Grundsätzen überlieferter Rechtsüberzeugung, welche für die Auslegung der Verfassung wichtige Gesichtspunkte bilden [2], könnte daher eine Bindungslosigkeit der Gnade angenommen werden. Damit wäre eine rechtsfreie Gnadengewalt anerkannt, welche am ehesten noch mit der häufig diskutierten injustiziablen Prüfungs- [3] und Schulgewalt [4] verglichen werden kann. Diese isolierte Betrachtung des Gnadeninstituts gerät in einen unmittelbaren Widerspruch zu den übrigen Verfassungsvorschriften. Innerhalb der durchweg grundrechtlich gebundenen Staatsgewalt [5] ist die so verstandene Gnade ein Fremdkörper. Als ein Überrest

---

III, S. 274; Spreng-Birn-Feuchte, Komm. zur Verfassung von Baden-Württ., Bem. 3 zu Art. 52; Felix, Betriebsberater, 1955, S. 1047; Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Grundrechte, 3. Bd., 2. Hb., S. 792.

1) Nach Geerds (S. 26) ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber die Gnade in ihrem hitorisch überkommenen Sinngehalt rechtlich anerkannt hat.

2) vgl. v. Mangoldt-Klein, GG, Einleitung, IV, 7, c (S. 10 f). Das läuft auf eine gewisse Einschränkung der objektiven Verfassungsauslegung, die sich weitgehend durchgesetzt hat (vgl. BVerfG, Urt. v. 21. 5. 1952, BVerfGE 1, S. 299 ff-312-), hinaus. Eine Ausnahme vom Grundsatz der objektiven Auslegung ist es auch, wenn bei der Frage, ob ein vor- oder nachkonstitutionelles Gesetz vorliegt, auf den Willen des Gesetzgebers abgehoben wird (BVerfG, Beschl. v. 17. 1. 57; BVerfGE 6, S. 56 ff (64 f); BVerfG, Beschl. v. 6. 10. 59, JZ 59, S. 766). Zur Verfassungsauslegung vgl. auch Werhahn, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 562, Anm. 49; Diller, JZ 1959, S. 476. Es spricht viel dafür, die Verfassung als epochale Grundentscheidung überhaupt subjektiv auszulegen.

3) vgl. Werner, Anm. zum Urt. d. Bayer. VGH v. 12. 10. 1951, DVBl. 1952, S. 342; Bachof, Anm. zum Urt. des LVG Rheinland-Pfalz v. 22. 4. 52, NJW 1953, S. 317

4) vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 18. 12. 1953, NJW 1953, S. 1461 ff. Eine rechtsungebundene Gnadengewalt entspricht auch der weithin im Volke lebendigen Vorstellung von der Gnade als freischenkender Verzeihung (vgl. Lissner, S. 8; Schuster, S. 2 f; Scheuner, Der Bereich der Regierung, Smend-Festschrift, S. 287).

5) Das GG geht von der Voraussetzung aus, daß alle Staatsgewalt durch die Idee

monarchischer Glorie scheint sie der Demokratisierung und Rationalisierung entgangen zu sein. Somit könnte rechtstechnisch die Situation einer verfassungswidrigen Verfassungsnorm gegeben sein [1]. Besonders bedenklich erscheint die Elimination des für die Ermessensbindung so wichtigen Gleichheitssatzes, dem sogar überpositive Geltung zugeschrieben wird [2], aus der Gnadenausübung. Diese Folgerungen sind nicht befriedigend, solange durch eine gesamtverfassungskonforme Auslegung der Begnadigung noch ein anderes Ergebnis erzielt werden kann. Ein Verfassungsrechtssatz kann nämlich nicht nur aus sich selbst heraus ausgelegt werden, sondern die elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen bestimmen die Auslegung jeder einzelnen Norm [3]. Da man schon auf Grund der Gnadenpraxis annehmen muß, die Gnade sei rational zu begreifen und erfülle konkrete Staatszwecke, steht nichts im Wege, ja ist sogar geradezu unerläßlich, Art. 60 II GG nicht grundrechtswidrig auszulegen, ihn vielmehr als von den allgemeinen Rechtsprinzipien wie dem Rechtsstaatsgedanken und dem Gleichheitssatz gebunden und geprägt anzusehen [4].

b) Die Verfassungsnorm, Geltungsanspruch und Realisierungsbedingungen

Noch sind nicht alle Bedenken auf dem Wege der Einordnung der Gnade in das Grundrechtssystem ausgeräumt. Die Rechtsbindung der Begnadigungen könnte in mehrfacher Hinsicht zu widersinnigen praktischen Folgen führen Solche Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte spielen bei der rechtlichen Würdigung der Gnadentätigkeit eine nicht unerhebliche Rolle. Mitunter hat es geradezu den Anschein, daß die Wesensverschiedenheit von Gnade und Recht nur ein Vorwand ist, um die praktischen Unzuträglichkeiten einer Gerichtskontrolle der GA zu

---

des Rechts von vornherein begrenzt ist (Wintrich, Aufgaben, Wesen und Grenzen der Staatsgerichtsbarkeit, Nawiasky-Festschrift, S. 193).

1) vgl. Bayer. VerfGH, Entsch. v. 24. 4. 1950, AS, Bd. 3 (NF), Teil II, S. 28 ff (S. 47) =Verw. Rspr., Bd. 2, S. 279=DVBl. 1950, S. 104; Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? BGH, Gutachten v. 6. 9. 1953, BGHZ, Bd. 11, Anhang S. 36 ff); v. Mangoldt-Klein, GG, Einleitung IV, 7, a (S. 10); Apelt, Erstreckt sich das richterliche Prüfungsrecht auf Verfassungsnormen? NJW 1952, S. 1 ff

2) Bayer. VerfGH, Urt. v. 10. 6. 49, Verw. Rspr. 2, S. 3 ff; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 3, Erl. II, 8. Der geistige Hintergrund des naturrechtlichen Charakters des Gleichheitssatzes zeichnet sich in der von Jefferson verfaßten Unabhängigkeitserklärung der einstigen 13 Kolonien ab: "We hold these truth to be self-evident, that all men are created equal" (zit. nach Helfritz, Allgem. Staatslehre, S. 175).

3) BVerfG, Urt. v. 23. X. 51, DVBl. 52, S. 15 ff=NJW 1951, S. 877=DÖV 52, S. 22=JZ 1951, S. 729

4) Gegen eine willkürliche Gnadenausübung ohne nähere Begründung Pralle, S. 2

vermeiden. Es gilt diese Zweckmäßigkeitserwägungen in ein systematisches Verhältnis zur Rechtsnorm zu bringen, um zu vermeiden, daß es zu einem Durchschlagen der Faktizität kommt oder ein wirklichkeitsfremder Normativismus herrscht [1]. Der prinzipielle Zusammenhang von Norm und Wirklichkeit ist in letzter Zeit besonders von HESSE herausgestellt worden [2]. Die Zugeständnisse, die er an die technischen, natürlichen, sozialen und politischen Gegebenheiten gemacht hat, sind nicht ungefährlich, da sie leicht zu Mißbrauch führen können [3]. Jedenfalls verdient HESSE insofern Zustimmung, als bei mehreren möglichen Auslegungsmöglichkeiten derjenigen der Vorzug zu geben ist, welche am ehesten den Bedingungen der Wirklichkeit gerecht wird [4]. Eine solche wirklich-

---

und Mittelbach, Zur Frage einer Neuregelung des Gnadenrechts, NJW 1951, S. 98. Geerds (insbes. S. 34 f) ist der Auffassung, daß die Gewaltenteilung und der Gleichheitssatz eine rationale willkürfreie Gnadenausübung verlangen. Nach Hamann gibt es keine Hausgüter der Verwaltung mehr (GG, Einführung I, D, 7, c).

1) Einerseits meint das BVerwG (Urt. v. 10. 12. 54, BVerwGE 1, S. 263 ff) zu den praktischen Schwierigkeiten und Nachteilen bei der Nachprüfung pädagogischer Akte: "Diese Darlegungen können gegenüber der gesetzlichen Gestaltung des Rechtsschutzes durch die Einführung der sogenannten Generalklausel gemäß § 22 VGG, § 22 MRVO 165, Art. 19 Abs. 4 GG nicht durchgreifen". Andrerseits argumentiert der württ.-badische VGH (Beschl. des Karlsruher Senats v. 25. 1. 52, Verw. Rspr. 5, S. 380, Nr. 78): "Die Auswahl unter den Bewerbern für eine Wohnung muß schlechthin dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörde überlassen bleiben, wenn ihre Tätigkeit praktisch nicht lahmgelegt werden soll. Eine derartige Lahmlegung kann vom Gesetz nicht gewollt sein, weil man dem Gesetz keine sinnlosen Absichten unterstellen darf". Die Beispiele deuten an, wie verschieden von der Rechtsprechung auf die realen Gegebenheiten eingegangen wird.

2) vgl. oben S. 4, Anm. 1. Radbruch bringt den Dualismus von Wert und Wirklichkeit, von Sein und Sollen, durch die Natur der Sache in ein fruchtbares Spannungsverhältnis (vgl. Joachim Stoltzenburg, Vorwort zur 2. Auflage der Vorschule der Rechtsphilosophie von G. Radbruch, S. 5.).

3) Bedenken wurden schon im Anschluß an das Referat von Hesse über die verfassungsrechtliche Stellung der Parteien im modernen Staat vorgebracht (J. Kaiser, VVDStRL 17, S. 112 und Peters, VVDStRL 17, S. 108). Bei Hesse finden sich Anklänge an den Historismus und an eine rechtssoziologische Betrachtungsweise. Die Gefahren einer Überbewertung der Wirklichkeit gegenüber der Norm liegen auf der Hand. Vgl. auch die Kritik von Ad. Arndt an der ideologischen Unterwanderung des GG (Das nichterfüllte Grundgesetz, S. 13).

4) vgl. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, S. 15 f

keitskonforme Auslegung erfordert gerade auch der Gleichheitssatz, der nur aus der "Totalität der politischen Gesamtverfassung" heraus begriffen werden kann[1]. Welche Bedingtheiten, die zum normativen Gehalt des Verfassungssatzes in Beziehung zu setzen sind, ergeben sich nun bei der Gnadenpraxis ? Was sind die Realisierungsbedingungen, welche dem Geltungsanspruch der Verfassungsnorm entgegenstehen ? Ein wesentliches Gnadenmotiv ist die gute Führung im Strafvollzug [2]. Der Begriff ist höchst unbestimmt. Die Entscheidung, ob die Voraussetzungen der guten Führung vorliegen, beruht in weitestem Umfange auf dem cognitiven Ermessen der Vollzugsbehörde, welche entweder selbst Gnadenbehörde ist oder unmittelbar mit dieser in Verbindung steht. Ähnlich wie bei pädagogischen Wertungen handelt es sich um das Ergebnis längerer Beobachtung durch den Beurteilenden. Außer guter Führung sind aber für die Gnadenentscheidung noch eine Vielzahl anderer Gesichtspunkte maßgebend: Persönlichkeit und Individualität des Verbrechers werden umfaßend gewürdigt; hinzu kommen die außerhalb der Person des Beurteilten liegenden Gründe, vor allem die Zweckmäßigkeitsüberlegungen. Die gute Führung ist daher nur eine Zwischenstufe auf dem Wege zum Resultat der Gnadenwürdigkeit. Insgesamt erweist sich der GA somit als Ergebnis mannigfaltiger, cognitiver und volitiver Bewertungen und Entscheidungen [3]. Wie bereits erwähnt ist diese Freiheit in der Gestaltung mit

---

1) H. Heller, Staatslehre, S. 255; vgl. auch Heller, aaO. , S. 252, 254, 276, 257 (hier zeigt Heller am Beispiel des Gleichheitssatzes, wie eine Norm trotz gleichen Wortlauts verschiedene Bedeutungen haben kann, wenn sich die politische und geschichtliche Situation ändert). Ähnlich wie Hesse Wintrich, aaO. , S. 205 f.

2) Anders, aber für dies Problem gleichbedeutend, Kuhnt: "Es muß daher die schlechte Führung des Verurteilten als Grund für den Wegfall und nicht etwa seine gute Führung als Grund für den Eintritt der Begnadigung angesehen werden" (Gnadenerweis und Gesamtstrafenbildung, MDR 1955, S. 196).

3) Es liegt hier eine ähnliche Erscheinung wie die "Mischtatbestände" vor, welche gleichzeitig unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermächtigungsklauseln für das freie Ermessen enthalten (vgl. Stier, Der Begriff des freien Ermessens und seine richterliche Nachprüfung, S. 66 f). So hat bei der Frage, ob jemand zur Führung eines Kfz nach § 4 Kfz-Gesetz i. V. m. § 3 StVZO ungeeignet ist, die Behörde zunächst ein Beurteilungsermessen; werden dann die Voraussetzungen bejaht, besteht immer noch bezüglich der Zubilligung des Führerscheins ein Handlungsermessen (württ. -badischer VGH, Urt. v. 16. 7. 48, DÖV 1949, S. 175, der allerdings das Beurteilungsermessen nicht herausstellt). Vergleichbare Schwierigkeiten wie bei den GA treten auch bei der Beurteilung "gesamtwirtschaftlicher Belange" (vgl. Karl-Heinz Koehler, Grenzen der gerichtlichen Kontrolle im Kartellrecht, DÖV 1960, S. 210 ff) auf.

der des Gesetzgebers zu vergleichen. Die gesetzgeberischen Entscheidungen im Gnadenbereich sind sogar noch eher einer Subsumierung unter den Gleichheitssatz fähig, weil sie im Gegensatz zu den meisten Gnadenentscheidungen als Kollegialakte ergehen [1], in denen die Gründe bei der Diskussion bewußt gemacht und klargestellt werden. Die Anwendung des Gleichheitssatzes muß bei den GA auf immense Schwierigkeiten stoßen angesichts der Hypothrophie potentieller legitimer Gnadengründe. Wann ist ungleiches gleich und gleiches ungleich behandelt worden ? Eine Bevorzugung aus außenpolitischen Gründen braucht z. B. nicht willkürlich zu sein. Unter diesen Gegebenheiten kann nur eine Gnadenentscheidung, die unter keinem Gesichtspunkt zu rechtfertigen ist und sich als Akt reiner Willkür erweist, einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz bedeuten. Das BVerfG hat die Effektivität von Art. 3 GG bei der Anwendung auf Entscheidungen des Gesetzgebers nicht unwesentlich eingeschränkt [2]. Ein ähnliches Ergebnis sollte nun durch obige wirklichkeitskonforme Auslegung des Geltungsanspruchs des Gleichheitssatzes bei den Einzelbegnadigungen erzielt werden. In dieser Interpretation ist der GA noch am ehesten mit den Bedingungen der Wirklichkeit in Einklang zu bringen. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, daß die Gnadenausübung von

---

1) Mitunter wird im Zeichen des demokratischen Staatsgedankens eine kollegiale Gnadenentscheidung gefordert (Förster, Zur Neuordnung des Gnadenwesens, JR 1950, S. 612; Leineweber, S. 51). In den Hansestädten übt der Senat das Gnadenrecht aus; in den freien Städten ist das seit 1818 so üblich (v. Bar, S. 465); ebenso ist in Berlin der Senat zuständig und in verschiedenen Bundesländern die Landesregierung als Kollegium. In der 5. französischen Republik übt der Staatsprasident das Gnadenrecht zusammen mit dem Conseil de la Magistrature aus (Art. 17, 65 III d. Verf., vgl. Echterhölter, Die verfassungsmäßige Ordnung der 5. franz. Republik, AöR 84 (1959), S. 339), in der U. d. S. S. R. das Präsidium des Obersten Sowjets (Art. 49, Ziff. 10 d. Verf., zit. nach Maurach, Handbuch der Sowjetverfassung). Schon bei den Beratungen zur WRV wurde das Problem, Einzel - oder Kollegialentscheidung, debattiert, wobei das Argument der "reinen Gnade", welches ja für einen Einzelakt spricht, nicht verwendet wurde (Entw. einer Verf. d. Dt. Reichs, Nr. 391, 8. Ausschuß, Nr. 59 der Drucksachen, 25. Sitzung, S. 263 f).

2) "Bei einem Straffreiheitsgesetz liegt ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz erst dann vor, wenn die vom Gesetzgeber für einzelne Tatbestände getroffene Sonderregelung offensichtlich nicht am Gerechtigkeitsgedanken orientiert ist, wenn sich für sie also keine vernünftige Erwägungen finden lassen" (BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 59, MDR 1960, S. 198; zum Thema Gleichheitssatz und Amnestie vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 25. II. 1960, BVerfGE, Bd. 10, S. 340 ff). Zur Bindung des Gesetzgebers durch den Gleichheitssatz vgl. weiter BVerfG, Urt. v. 23. X. 51, BVerfGE, Bd. 1, S. 14 ff (16 f) und Urt. v. 20. 4. 52, BVerfGE, Bd. 1,

dem Gleichheitssatz determiniert wird [1]. Dieser Bindung des Staatsorgans entspricht auf der Seite des Bürgers ein Recht auf Einhaltung der Ermessensgrenzen. Die These, daß sich das Wesen und die Natur des GA dadurch auszeichnen, daß es kein Recht auf Gnade gibt, bedarf also durch die Anerkennung eines formellen Rechts, das sich nur in krassen Fällen einem materiellen Recht annähert (vgl. oben S. 96 ff), einer Korrektur.

S. 264 ff (275 f), dazu Forsthoff, Über Maßnahmegesetze, W. Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 232; Bachof, Wehrpflichtsgesetz und Rechtsschutz, S. 55 ff; Friesenhahn, Wesen und Grenzen der Staatsgerichtsbarkeit, ZSR, Bd. 73 (1954), S. 150. Friesenhahn und Forsthoff bejahen die Rechtsbindung uneingeschränkt, machen aber bei dem Umfang der gerichtlichen Nachprüfung gewisse Abstriche. Zu systematisch eher überzeugenden Ergebnissen kommt man, wenn der Gleichheitssatz selbst nicht abstrakt, sondern modifiziert mit den in der konkreten Situation typischen Realisierungsbedingungen gesehen wird.

1) Der Gleichheitssatz ist nur beispielhaft für die übrigen rechtsstaatlichen Grundsätze, welche wie bei anderen Ermessensentscheidungen auch bei den GA zu berücksichtigen sind. Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 9. 2. 56, Bd. 3, S. 130 ff (133): "Enthält hiernach das GG keine ausdrücklichen Vorschriften für die Regelung der mit der Ausreise zusammenhängenden Fragen, so sind doch Gesetzgebung und Verwaltung bei Erlaß solcher Vorschriften und ihrer Handhabung an die Grundsätze der freiheitlich demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung der Verfassung gebunden". Zwischen GA und Verleihungen von Orden und Preisen besteht ein gewisser Zusammenhang, daher mag Rümelin zitiert werden: "Mein Rechtsgefühl fordert nicht, daß der Staat eine Universität gründet, oder daß er an derselben akademische Preise für wissenschaftliche Arbeiten der Studierenden aussetzt, wohl aber fordert es ..., daß er die Preise der besten Arbeit ohne Nebenrücksicht zuerkennt" (Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, S. 17). Wenn also schon Gnadengewährungen erfolgen, dann sollen diese nicht willkürlich sein. Der Bundesrat lehnte in seiner Sitzung v. 18. 2. 53 den Entwurf einer Amnestie mit folgenden Gründen ab: "Die unter eine etwaige Amnestie fallenden Straffälligen würden also ohne triftigen Grund begünstigt werden. Das widerspricht der Gleichheit und Gerechtigkeit" (zit. nach Brandstetter, Straffreiheitsgesetz 1954, S. 20).
Pralle (S. 24 f) hat noch gegen ein subjektives öffentliches Recht auf Gnade ausgeführt, das Begnadigungsrecht sei auch im öffentlichen Interesse, stehe im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde und es gebe gegen die Gnadenentscheidung kein Beschwerderecht. Die Argumentation ist durch die seitherige Entwicklung im öffentlichen Recht gegenstandslos geworden.

D) DIE RECHTKONTROLLE DES GA

I. Die gerichtliche Nachprüfbarkeit belastender (versagender) Gnadenentscheidungen

1. Die Zulässigkeit der Klage

Nachdem der GA als VA und Ermessensentscheidung erkannt wurde, kann die Rechtsnatur des GA grundsätzlich für geklärt gelten. Damit wäre an sich das Thema erschöpft. Naheliegend ist, daß sich für alle praktischen mit der rechtlichen Behandlung des GA zusammenhängenden Fragen aus dieser Lösung weitreichende Folgerungen ergeben, was aber im einzelnen nicht näher verfolgt werden kann. Hier soll nur auf das Problem der gerichtlichen Nachprüfbarkeit eingegangen werden, das in besonderer Weise seit Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel Anlaß war, sich über das Wesen des GA Gedanken zu machen [1].

Da der GA als VA dargestellt wurde und ein potentielles Recht auf eine bestimmte Gnadenausübung konstruiert worden ist, scheint zunächst nichts gegen die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage gemäß § 42 VwGO zu sprechen [2]. Nun wird aber gegen eine Gerichtskontrolle vorgebracht, daß sie gegen die Rechtskraft des vorausgegangenen strafgerichtlichen Urteils verstoßen würde [3]. Wie schon erwähnt, ist das Prinzip der Rechtssicherheit, auf welchem die Rechtskraft beruht, nicht apriorisch inhaltlich festgelegt, sondern in der jeweiligen positiven Ausgestaltung

---

1) Rechtliche Gebundenheit und richterliche Prüfungszuständigkeit sind nicht unmittelbar gegenseitig akzessorisch (vgl. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? S. 47). So scheint Werner (Anm. z. Urt. d. Bayer. VGH v. 12. 10. 1951, DVBl. 1952, S. 342) eine Rechtsbindung der Gnadengewalt im Prinzip anzuerkennen, aber jede Rechtskontrolle abzulehnen. Eine Rechtsbindung der Ausübung öffentlicher Gewalt ohne Gerichtskontrolle ist allerdings zur Ausnahme geworden und bedarf praktisch besonderer Begründung (vgl. auch Amberger, Subj. - öffentliches Recht u. freies Ermessen, S. 30).

2) Einer Verfassungsbeschwerde i. S. d. § 90 BVerfGG (die Gnadenbehörde hat z. B. Art. 3 oder 6 GG nicht berücksichtigt) oder einer Klage auf Grund von Art. 19 IV GG stehen dieselben Bedenken wie einer verwaltungsrechtlichen Anfechtungsklage entgegen. Auf diese Klagarten wird deshalb bei der weiteren Bearbeitung nicht mehr ausdrücklich Bezug genommen.

3) so Hübschmann - Hepp - Spitaler - v. Wallis - Lademann - Hartung, AO, § 477, Anm. 11

modifiziert. Durch die Einrichtung der Gnade hat es eine erhebliche Einschränkung erfahren, welche aber durch eine gerichtliche Kontrolle des GA nicht vertieft würde. Der Gedanke einer gerichtlichen Nachprüfung wirkt vielmehr durch die Verhinderung einer willkürlichen Gnadenpraxis eher noch im Sinne der Rechtssicherheit korrigierend. Weiterhin ist aber zu bedenken, daß dem GA nicht selten vertrauliche Auskünfte der verschiedensten Stellen vorausgehen [1]. Wenn diese Bewertungen nun in einem folgenden gerichtlichen Verfahren allgemein bekannt würden, wäre es bald aus mit der Bereitschaft, der Gnadenbehörde vertrauliche Angaben zu machen. Gegen eine Kontrolle spricht auch, daß die Gerichte kaum in der Lage sein dürften, die einzelnen Persönlichkeiten und Umstände in ihrer ganzen Einzigartigkeit richtig zu beurteilen, wie es etwa die mit der Vollstreckungsbehörde weitgehend identischen Gnadeninstanz kann [2]. Der Sinn der Gnade als Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit scheint damit in Frage gestellt zu sein.

Weiterhin droht in großem Umfang eine Überlastung und ein Mißbrauch der Gerichtsbarkeit. Zunächst ist die Zahl der Gnadenentscheidungen außerordentlich groß[3]. Wenn auch nur ein Bruchteil der ablehnenden Akte angefochten würde, wäre die zusätzliche Belastung der Gerichte ganz erheblich. Für viele der po-

---

1) Es können unter anderem karitative, soziale und andere Organisationen sowie Privatpersonen, die eine eingehende Kenntnis von der Persönlichkeit und den Lebensverhältnissen des Verurteilten haben, um Auskunft gebeten werden (Becher, Der Erziehungsgedanke in der GnO von Nordrhein-Westfalen, NJW 1952, S. 924). Da das Verfahren nur zugunsten des Verurteilten durchgeführt wird, mag grundsätzlich diese "Kabinettsjustiz" ausnahmsweise zulässig und wünschenswert sein.

2) Schon Bayl ist der Auffassung, daß der Regent, dessen Funktion hinsichtlich der Gnadenausübung nun der Träger der Gnadengewalt ausübt, im Gegensatz zum Richter den ganzen Menschen in jeder Beziehung seiner Beurteilung unterwerfen könne (Beiträge zum Criminalrecht, 1. Teil, S. 142 ff). Zur vergleichbaren Problematik bei den pädagogischen Prüfungsentscheidungen führt das OVG Rheinland-Pfalz aus: "Diese freie und selbständige Verantwortlichkeit ist die notwendige Folge der Vielgestaltigkeit erzieherischer Aufgaben, die eine Bindung an einheitliche und unter rechtlichen Gesichtspunkten durch Außenstehende nachprüfbare Maßstäbe nicht zuläßt, sondern nach den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles ausgerichtet und auf die Persönlichkeit des Kindes zugeschnittene Maßnahmen erfordert" (Urt. v. 18. 12. 1953, DVBl. 1954, S. 579 ff -580-).

3) Z. B. betrug die Zahl der Gnadengesuche in Preußen im Jahre 1929 74 668, von denen 43 869 erfolglos waren (vgl. Hartung, Das Gnadenrecht in der Kriegs- und Nachkriegszeit, JW 1931, S. 2769 ff, mit weiteren Angaben). Im Bezirk des LG Düsseldorf betrug die Zahl der Gnadengesuchsteller 1950 1/3 der

tentiellen Kläger wäre der Anreiz, Klage zu erheben besonders stark, da sie kein Kostenrisiko eingehen würden [1]. Ein beträchtlicher Prozentsatz der Kriminellen ist notorisch bedürftig, so daß oft im Armenrechtswege prozessiert werden könnte.

Dazu ist zuerst darauf hinzuweisen, daß ähnliche Befürchtungen, von denen sich dann herausgestellt hat, daß sie zu Unrecht gehegt worden sind, auch gegen die Nachprüfung von VA angeführt wurden [2], welche inzwischen nahezu unbestritten für gerichtlich nachprüfbar gelten [3]. So wird von der Unzahl der Prüfungsentscheidungen tatsächlich nur ein verschwindend geringer Teil angefochten. Die Verwaltungsgerichtskontrolle hat durch die Anerkennung eines weiten Ermessensbereichs die Arbeit der Prüfungsbehörde nicht nennenswert beeinträchtigt. Auch bei den GA muß ein weiter Ermessensraum der Gnadeninstanz beachtet werden. Das ergibt sich dogmatisch daraus, daß der Gleichheitssatz, der beispielhaft für die Ermessensbindung herangezogen wurde, hier nur offensichtlich willkürliche Handlungen verbietet. Was das fehlende Kostenrisiko anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, daß ähnliche Bedenken schon bei der Diskussion um den Anspruch auf Fürsorge erhoben worden sind, allgemein aber nicht als ausreichend angesehen wurden, einen Rechtsschutz gemäß der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel und Art. 19 IV GG zu unterbinden [4]. Gegen eine Kontrolle wird auch eingewandt,

---

Verurteilten, 7/8 dieser Gesuchsteller wurden ablehnend beschieden (vgl. Klees, S. 93).

1) Das übersieht Hoffmann, der die Gefahr einer Übersteigerung des Rechtsschutzes deshalb für nicht gegeben erachtet, weil die Kostenfolge sinnlosen Rechtsmitteln vorbeugen würde (Art. 19 IV GG und der Erlaß von Geldstrafe wegen Steuerzuwiderhandlungen, FR 53, 166).

2) "Jeder enttäuschte Doktorand, Volkswirt...., ja der Schüler überhaupt, ... kurz jedermann, der bei einer Prüfung vor einer staatlichen oder vom Staate vorgesehenen Examenskommission schlecht abgeschnitten hat, wird sich als Opfer eines Ermessensmißbrauchs ausgeben und eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle seines Falles begehren. Das eröffnet reizvolle Perspektiven" (H. Schneider, Anm. z. Urt. des LVG Rheinland-Pfalz v. 22. 4. 1952, DVBl. 1953, S. 78).

3) Vgl. die Angaben bei Maunz-Dürig, Bem. III, 3, c, cc, A zu Art. 19 IV GG. Bei den praktischen Schwierigkeiten, welche die Nachprüfung pädagogischer Prüfungsentscheidungen mit sich brachte, hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß solche Erwägungen nicht geeignet wären, den Rechtsschutz gemäß Art. 19 IV GG und den verwaltungsgerichtlichen Generalklauseln auszuschließen (BVerwG, Urt. v. 10. 12. 1954, BVerwGE, Bd. 1, S. 263 ff -265-).

4) vgl. Bühler, Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, W. Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 282. Inzwischen wurde das Recht auf Fürsorge allgemein anerkannt (vgl. z. B. Klinger, VerwGO, § 42, c, 4, c).

daß ein Ga nicht begründet werde [1] und nicht begründet zu werden brauche [2]. Warum aber soll es unmöglich sein, den GA gegenüber dem Betroffenen zu begründen ? Da die Gnade ohnehin nicht willkürlich erteilt wird, kann die Behörde auch über ihre Motive Auskunft geben [3]. Schon jetzt begründen die unteren Gnadeninstanzen die Gnadenentscheidung gegenüber der vorgesetzten Behörde im Falle einer Beschwerde. Indes kommt es hierauf gar nicht entscheidend an. Schließlich ist nicht die zwingende Folge einer gerichtlichen Kontrollmöglichkeit, daß der GA begründet werden muß. Eine Begründung ist nur nach erfolgter Anfechtung vor dem Gericht abzugeben. Ähnlich wie etwa bei den pädagogischen Prüfungsentscheidungen sind Begründung und Rechtsmittelbelehrung im Augenblick des Akterlasses entbehrlich [4].

---

1) Pralle, S. 81; v. Bar, S. 480. Bezeichnend ist, daß Pralle den Grund dafür darin sieht, daß die Kenntnis der Entscheidungsgründe für den Begnadigten unwesentlich ist, da er keinen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung hat.
2) Mattern, Rechtsprechung, JZ 1953, S. 404, Anm. 29 und JZ 1954, S. 435
3) Die Gründe werden auch in den Gnadenheften festgehalten (vgl. Pralle, S. 81). Menschell hält eine Begründung der Gnadengesuche für zweckmäßig (Das gesamte deutsche Gnadenrecht nebst verwandten Gebieten (5. Aufl.), S. 59, Anm. 1). Kern macht den Vorschlag, jeden einzelnen Gnadenerweis unter kurzer Angabe der Gründe in einem amtlichen Blatt öffentlich zu verkünden; sachliche GA brauchten das Licht der Öffentlichkeit nicht zu scheuen (Der gesetzliche Richter, S. 212). Wohl denkt Kern dabei an die begünstigenden Gnadenentscheidungen, grundsätzlich ist damit aber auch die Möglichkeit der Begründung belastender GA anerkannt. Plochmann (S. 68) hält die Begründung einer Begnadigung deshalb für wünschenswert, weil so der Täter wisse aus welchen Motiven er begnadigt wurde. In den U.S.A. ist eine Begründung der GA weitgehend üblich.
4) Überwiegend wird eine Pflicht zur Begründung jedes VA angenommen. Daraus wird auch meist eine Fehlerhaftigkeit des VA bei unterlassener Begründung abgeleitet (Eyermann-Fröhler, VerwGO, § 114, Bem. Nr. 6, S. 490; Klinger, VerwGO, § 42, F, II, d (S. 172); a. A. Koehler, VerwGO, § 113, B, VII, S. 843 ff. Indes scheint es doch zu weit zu gehen, eine allgemeine Pflicht zur Begründung anzunehmen (Idler, Anm. z. Urt. d. VGH Freiburg v. 5. 12. 55, NJW 1957, S. 36 f; BVerwG, Urt. v. 13. 1. 55, NJW 1955, S. 1334; BVerwG, Urt. v. 10. 1. 59, DVBl. 1959, S. 260 f); es kommt vielmehr auf die Umstände des einzelnen Falles an. Beim GA läßt das weite Ermessen der Gnadenbehörde eine Begründung wenig sinnvoll erscheinen. Der GA trägt gewissermaßen seine Begründung in sich: die Ablehnung besagt, daß nach Ansicht der Gnadenbehörde jedenfalls keiner der seltenen Fälle vorlag, in denen sie zum Erlaß einer positiven Gnadenentscheidung verpflichtet gewesen wäre. Es mag noch darauf hingewiesen

Bedenken, die trotzdem noch gegen eine gerichtliche Nachprüfbarkeit des GA vorliegen mögen, dürften endgültig durch die folgenden Überlegungen zerstreut werden. Zur Zulässigkeit der Anfechtungsklage ist nämlich ein Rechtsschutzbedürfnis erforderlich. Im allgemeinen wird dies ohne weiteres dann bejaht, wenn die übrigen Voraussetzungen der Zulässigkeit dargetan sind [1]. Beim GA sprechen nun erhebliche Gründe gegen das prinzipielle Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses. Der Sachverhalt war im wesentlichen schon einmal gerichtlicher Beurteilung unterworfen [2]. Die negative Gnadenentscheidung erwächst nur sehr beschränkt in rechtskraftähnliche Rechtsbeständigkeit und kann beim Vorliegen ungezählter neuer Gesichtspunkte über einen wiederholten Antrag auf Gnadenerweis überprüft werden [3]. Unter diesen Umständen ist es erforderlich, für die Zu-

---

werden, daß die (nachprüfbaren) Einbürgerungen ja auch nicht begründet zu werden brauchen (Reuscher, Zum Verfahren bei Ermessenseinbürgerungen nach dem Staatsangehörigkeitsgesetz, DÖV 1958, S. 369), ebensowenig müssen die Akte der Schulbehörde begründet oder mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden (h. L., a. A. Fischer, Die Pflicht der Schule zur Erteilung einer Rechtsmittelbelehrung, DVBl. 1960, S. 391); bei den Entscheidungen des Richterwahlausschußes genügt es ebenfalls, wenn sie erst nach Erhebung der Anfechtungsklage begründet werden (OVG Berlin, Urt. v. 8. 7. 54, AS, Bd. 2, S. 36 ff). Daher ist nicht überzeugend, wenn gegen die Nachprüfung des GA eingewendet wird, es könne dem Präsidenten nicht zugemutet werden, einem Verbrecher eine Rechtsmittelbelehrung zu erteilen (vgl. württ.-badischer VGH, Urt. v. 13. X. 49, DÖV 1950, S. 377). Aus Art. 19 IV GG folgt keine allgemeine Pflicht zur Begründung und Rechtsmittelbelehrung (Maunz-Dürig, Bem. VII, 3, f und g, zu Art. 19 IV GG). Hoffmann (aaO., S. 167) ist ebenfalls der Ansicht, daß GA, auch wenn sie nachprüfbar seien, nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sein müßten.

1) vgl. Ule, VwGO, § 42, II, 5 (S. 108); Eyermann-Fröhler, VerwGO, § 42, Bem. Nr. 105 (S. 205 f)

2) vgl. Schulz, Blick in die Zeit, MDR 1957, S. 77

3) Nach Leise kann, wenn neue, wesentliche, bisher noch nicht vorgetragene und gewürdigte Gesichtspunkte vorliegen sollten, der Betroffene den Gnadenweg bis zur Verbüßung der Strafe erneut beschreiten (Sind Entscheidungen der Finanzbehörden in Gnadensachen finanzgerichtlich anfechtbar? NJW 1955, S. 1669). Auch bei Leise erweist sich, daß die Gnade als eine rationale Einrichtung angesehen wird, da es sonst auf neue Gesichtspunkte bei der Beurteilung der Gnadenwürdigkeit ja nicht ankommen könnte. Damit zeigt sich aber die Wesensfremdheit von Gnade und Recht nur als Vorwand, um die Injustiziabilität der GA zu begründen. Die den GA vergleichbaren Entscheidungen der Gerichte nach § 454 II StPO haben ebenfalls eine sehr beschränkte Rechtskraftwirkung; die Gesuche können dauernd wiederholt werden (Löwe-Rosenberg, StPO, 1. Bd., § 454, Anm. 4).

lässigkeit der Klage ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis zu verlangen, dessen Voraussetzungen schlüssig vorgetragen werden müssen [1]. Ein Rechtsschutzbedürfnis wird nur dann für gegeben erachtet werden können, wenn der Anfechtungskläger Umstände vorträgt, welche auf einen groben Ermessensverstoß der Gnadeninstanz hinweisen. In der Regel führt die Erhebung der Anfechtungsklage nicht zu einer einstweiligen Einstellung der Strafvollstreckung, die selbst nicht angefochten ist. Das ergibt sich auch aus § 29 II EGGVG i.V.m. § 307 StPO und dürfte unerläßlich sein, um den Anreiz, Rechtsmittel in Gnadensachen einzulegen, nicht ins Unerträgliche zu steigern [2]. Wo es nur um kurzfristige Freiheitsstrafen geht, würde deshalb in vielen Fällen die Entscheidung über die Anfechtungsklage voraussichtlich erst nach der Strafverbüßung ergehen. Auch hier ist grundsätzlich das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen. Bei weniger schweren Eingriffen in die Freiheit dürfte diese Einschränkung vertretbar sein, zumal zwischen strafrichterlichem Urteil und GA nur eine geringe Zeitspanne liegen kann [3].

Daraus dürfte sich eine Beschränkung der Anfechtbarkeit des GA ergeben, welche insgesamt den praktischen Bedenken gegen die Nachprüfbarkeit der GA ausreichend entgegenkommt [4].

---

1) Der württ.-badische VGH (Urt. v. 13.10.49, DÖV 50, S. 377) glaubt, dem Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers sei durch das vorausgegangene Verfahren schon ausreichend entsprochen; das trifft nicht in jedem Fall zu. Obermayer stellt bei ähnlichen Sachverhalten ebenfalls an das Rechtsschutzbedürfnis erhöhte Anforderungen (Generalklausel, Bayer. Verw. B. 1955, S. 132, 174).

2) Dieser Anreiz wird aber nicht durch Einführung der Anfechtungsmöglichkeit neu geschaffen; eine einstweilige Einstellung war nämlich schon vorher bei Beschreitung des Gnadenweges nicht ausgeschlossen (vgl. Schulz, Das neue Gnadenrecht, ZStrW, 58. Bd. (1939), S. 269 f; § 6 der GnO v. 6.2.35, DJ S. 203; Art. 303, 304 des württ. AGBGB).

3) Das OVG Rheinland-Pfalz verneint der Sache nach bei Akten, die für den Betroffenen rechtlich oder tatsächlich nur von geringer Bedeutung sind das Rechtsschutzbedürfnis und die gerichtliche Kontrollmöglichkeit (Urt. v. 12.12. 1959, DÖV 1960, S. 352). Diese Überlegung allein kann jedoch den gerichtlichen Schutz noch nicht ausschließen. Bei der Anfechtungsklage in Gnadensachen wird allerdings in den Fällen, in welchen es nur um eine niedere Strafe geht, die für den Straffälligen ohne existentielle Bedeutung ist, ein Rechtsschutzbedürfnis selten schlüssig vorgetragen werden können. In begrenztem Umfange ist daher die Bedeutung der Sache für die Anfechtungsklage nicht ohne Wichtigkeit für die Zulässigkeit.

4) Wernicke ist der Auffassung, daß bei zu starker Ausweitung des Anwendungsbereichs des Art. 19 IV GG über das Rechtsschutzbedürfnis eine Einschränkung erreicht werden kann (Bonner Kommentar, Art. 19, Erl. II, b, S. 10 f).

Ganz überwiegend stehen Rechtsprechung und Lehre einer Nachprüfung des GA ablehnend gegenüber [1]. Interessant ist, daß auf dem Gebiet des Abgabenrechts der BFH Gnadenentscheidungen nachgeprüft hat, ohne daß es dort zu einer Wesensentfremdung und Zerstörung des Gnadeninstitus gekommen wäre. Der BFH hat die Nachprüfung allerdings davon abhängig gemacht, daß die Verurteilung auf einem Unterwerfungsverfahren und nicht auf einem richterlichen Urteil beruht [2]. Diese Unterscheidung ist nicht gerechtfertigt, da das Gesetz das Unterwerfungs-

---

1) vgl. die auf S. 1, Anm. 1 genannte Literatur; Hübschmann-Hepp-Spitaler-v. Wallis-Lademann-Hartung, AO, § 477, Anm. 11; Mattern, Rechtsprechung, JZ 1953, S. 404; H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 240; Sczostak, Gerichtsfreie Hoheitsakte, JR 1958, S. 448; BVerwG; Urt. v. 31. 1. 1958, BVerwGE, Bd. 6, S. 169; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 102; vgl. auch Wernicke, aaO., Erl. II, 4, g. Eine Nachprüfung des GA bejahen dagegen der BFH, Entsch. v. 21. 8. 1952, BFHE, Bd. 56, S. 797 = BStBl. 1952, III, S. 306 f und Bescheid v. 23. 3. 55 sowie Urt. v. 6. 7. 1955, BStBl. 1955, III, S. 274 ff mit zust. Anm. Felix in BB, 1955, S. 1047; Fließbach, Erl. zum Urt. des BFH v. 6. 7. 1955, StuW 1955, Sp. 785; Hartz, Die kollidierenden Interessen des Steuerfiskus und der Steuerpflichtigen im Licht der Rechtsprechung des BFH, Steuerberater-Jahrbuch 1955/56, S. 99; Maaßen, Arten des steuerlichen Ermessens und Rechtsschutz gegen Ermessensentscheidungen, Steuerberater-Jahrbuch 1953/54, S. 175; Kühn, Vorbem. D, 3 vor § 228 AO und Bem. 4 zu § 477 AO; Hoffmann, Art. 19 Abs. 4 GG und der Erlaß von Geldstrafe wegen Steuerzuwiderhandlungen, FR 1953, S. 166 f; ders. Anm. zum Urt. d. BFH v. 6. 7. 1955, FR 1955, S. 494 f; Fließbach, Zur Frage der gerichtlichen Anfechtbarkeit von einen Straferlaß ablehnenden VA im Verwaltungssteuerstrafverfahren, StuW 1959, Sp. 616 ff; zweifelnd Schön, Das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbatkeit im Spiegel von Rechtsprechung und Schrifttum, DÖV 1950, S. 108 f. Es ist also vor allem die steuerrechtliche Literatur, welche der Nachprüfbarkeit des GA, besonders wenn er im Anschluß an ein Unterwerfungsverfahren ergeht, positiv gegenüber steht.

2) BFH, aaO. (BStBl. 55, III, S. 274 ff); ebenso Fließbach, aaO. (StuW 55, Sp. 785), der sich dafür auf den mangelhaften Rechtsschutz im Unterwerfungsverfahren beruft und auf den Widerspruch von § 477 AO und Art. 60 GG bzw. Art. 49 WRV, der nur dadurch zu lösen sei, daß man die Akte nach § 477 AO nicht als GA anerkennt (vgl. dazu oben S. 7, Anm. 1). Schultz möchte durchweg die GA des Steuerrechts anders behandelt sehen als die GA, welche im Anschluß an ein strafgerichtliches Verfahren ergehen (Blick in die Zeit, MDR 1957, S. 77 f). Die Argumentation von Schultz überzeugt nicht: der GA der AO ist nicht stärker in das allgemeine Verwaltungs- und Verfahrensrecht eingeordnet, als der "ordentliche GA" in das Strafverfahren und ob § 2 StAnpG für den Steuerverfahren-GA eingreift, ist genau so problematisch wie die Rechts- und

verfahren einem gerichtlichen Urteil gleichsetzt [1].
Eine vielfach vertretene Auffassung macht innerhalb der GA eine Zäsur nach dem Grade ihrer Verrechtlichung. Begnadigungen, deren Voraussetzungen und Verfahren geregelt sind und gegen die es die Beschwerde an die vorgesetzte Behörde gibt, sollen der gerichtlichen Nachprüfbarkeit unterliegen, die anderen dagegen nicht [2]. Dadurch würde gerade bei den schwereren Eingriffen in die Freiheit der Rechtsschutz im Ergebnis geringer sein, da hierfür die Zuständigkeit der höheren Gnadenorgane gegeben ist. Selbst für die unteren Gnadeninstanzen sind so gut wie keine inhaltliche Vorschriften über die Gnadenausübung vorhanden. Meistens können die oberen Gnadenbehörden die Entscheidungen in den einzelnen Gnadensachen an sich ziehen oder mit ihnen befaßt werden im Wege der Beschwerde. Dadurch werden viele GA auf der Ministerialebene erlassen, in der jedenfalls keine "Verrechtlichung" durch materielle Gnadenanweisungen mehr festzustellen ist. Die Möglichkeiten einer Anfechtungsklage gegen GA wäre bei dieser Auffassung sehr gering. Dogmatisch ist die Zäsur angreifbar, weil sie im wesentlichen den GA in der rechtsfreien Sphäre beläßt und die Verrechtlichung von einer (zufälligen) Normierung abhängig macht. Deshalb und wegen der weitgehenden Beschneidung des Rechtsschutzes kann diese Meinung nicht geteilt werden.
FELIX [3] ist neuerdings der Ansicht, die Gnadenbehörde entscheide grundsätzlich frei vom Rechte, müsse aber so handeln, wie der Souverän, das Volk, handeln würde. Je höher die gnadenerweisende Instanz stehe, um so eher bestehe eine Vermutung der Harmonie zwischen Gnadenentscheid und Volkswillen. Die Auffassung von FELIX läuft darauf hinaus den Rechtsschutz gegen GA umso weniger zu gewähren, je höher der betreffende Aktautor steht. Der Grundgedanke, das Staatsorgan ständig an einen fiktiven aktuellen Volkswillen zu binden, durchbricht die Systematik der rechtsstaatlichen Verfassung und findet in ihr keine Stütze. Schon deshalb kann FELIX nicht gefolgt werden.

Ermessensbindung grundsätzlich sämtlicher GA.

1) Leise geht in diesem Punkte zutreffend davon aus, daß keine Veranlassung bestehe, die Entscheidungen des Justizministers für endgültig zu betrachten, die des Finanzministers gerichtlich nachprüfen zu lassen (Leise, Sind Entscheidungen der Finanzbehörden in Gnadensachen finanzgerichtlich anfechtbar? NJW 1955, S. 1669; Sczostak, aaO., S. 449).
2) vgl. oben S. 84, Anm. 1; die dort angegebenen Autoren gehen vom gleichen Grundgedanken aus.
3) Gehalt und Nachprüfbarkeit steuerlicher GA, StuW 60, Sp. 102 ff

2. Die Zuständigkeit der Strafgerichte

Welches Gericht ist nun zur Nachprüfung der GA berufen ? Hierzu muß auf den Rechtszustand vor Inkrafttreten der VerwGO eingegangen werden. Nach § 25 I 2 MRVO 165 unterlagen VA auf dem Gebiet des Strafprozesses [1] nicht der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel. Zweifelhaft ist nun, was ein Akt auf dem Gebiet des Strafprozesses ist. Das Problem liegt parallel dem der Definition der Akte auf dem Gebiet des Zivilprozesses. Die dazu ergangenen Entscheidungen und die einschlägige Literatur kann daher auch in diesem Zusammenhang Verwendung finden.

Der Kreis der strafprozessualen Akte ist weiter als der der Akte des Strafrichters [2]. Oft wird auf das Merkmal der Gerichtsbarkeit abgehoben [3]. Der GA müßte also zur Strafgerichtsbarkeit gehören, wenn er als VA auf dem Gebiet des Strafprozesses rubriziert werden könnte. Nun ist aber der Begriff der Gerichtsbarkeit in jeder Hinsicht streitig [4], vieldeutig und unscharf, so daß er schon deshalb als Abgrenzungsformel nicht ausreichen kann. Geht man auf den Zweck der Generalklausel zurück, so ist hervorzuheben, daß diese einen umfassenden Rechtsschutz schaffen wollte. In diesem Sinne schränkt die Ausnahmeregelung des § 25 I 2 MRVO 165 die verwaltungsgerichtliche Generalklausel offenbar dort ein, wo

---

1) Grundsätzlich ist auch der Strafvollzug, den das Gesetz neben dem Strafprozeß aufführt, zum Strafverfahren zu rechnen (abw. aber Peters, Lehrbuch des Strafprozesses, S. 547). Nüse zählt das Gnadenrecht weder zum Strafrecht noch zum Verfahrensrecht oder zum Strafvollzug, wobei er sich auf die Systematik des GG stützt (Zur Frage der Reform des Gnadenrechts, MDR 1951, S. 72). Demgegenüber ist v. Bar (S. 459) der Auffassung, daß aus der traditionellen staatsrechtlichen Sonderbehandlung des Gnadenwesens gegenüber den strafprozessualen Materien derartige Folgerungen nicht gezogen werden könnten. Ähnlich wie Nüse, aber mit der Begründung aus dem Wesen der Gnade, Laband, Staatsrecht, III, S. 508, 510 f und II, S. 249.

2) vgl. LVG Düsseldorf, Beschl. v. 13. 12. 1951, NJW 1952, S. 720. Menger (Aus der Praxis der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verw. Arch., Bd. 49 (1958), S. 273 und Beizke (Anm. z. Urt. d. BGH v. 9. 5. 56, JZ 1956, S. 499) stellen dagegen auf den Aktautor ab. Soweit der Akt auf strafprozessualen Vorschriften beruht, handelt es sich immer um einen Akt auf dem Gebiet des Strafprozesses (vgl. VerwG Berlin, Urt. v. 8. 12. 52, JR 1953, S. 350).

3) Klinger, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der brit. Zone (Komm.), Anm. C zu § 25 MRVO 165; KG, Beschl. v. 18. 3. 57, NJW 57, S. 1407

4) vgl. Menger, System, S. 21 ff

bereits Rechtsschutz besteht [1]. Damit ist der Zweck der Ausnahme aber noch nicht erschöpfend erfaßt. Eine anerkannte Judikatur schließt viele VA nichtrichterlicher Behörden von der Kompetenz der Verwaltungsgerichte aus, obwohl - von der Verfassung (Art. 19 IV GG) abgesehen - eine Rechtsschutzlücke vorliegt [2]. Daran zeigt sich, daß die Einschränkung der Generalklausel nicht ausschließlich von Rechtsschutzerwägungen motiviert sein kann. Die Möglichkeit konkurrierender Zuständigkeit von ordentlichen Gerichten und Verwaltungs- oder Steuergerichten bedeutet wenigstens primär keine Beeinträchtigung des Rechtsschutzes. Dagegen ist es im Sinne einer geordneten Ausübung der Rechtspflege, nicht einen Richter gegenüber dem anderen auszuspielen. Das Hineinreden einer Gerichtsbarkeit in die andere, ein Gegen- und Nebeneinander der Gerichte zu vermeiden, erweist sich daher als eigentlicher Zweck der Ausnahmeregelung[3]. Dieser Hintergrund wird noch aus einem anderen Zusammenhang deutlich. Aus Art. 96 GG, der von verschiedenen Gerichtsbarkeiten ausgeht, läßt sich ein organisatorisches Grundprinzip ableiten, nach dem alle sachlich zusammengehörende Streitigkeiten von ein und demselben Zweig der Rechtsprechung entschieden werden sollen [4]. Zu weit geht es allerdings, aus Art. 96 GG eine verfas-

---

1) vgl. BVerwG, Urt. v. 30. 10. 53, BVerwGE 1, S. 21 ff (26); Ule, Anm. z. Urt. d. BVerwG v. 19. 12. 57, JZ 1958, S. 629; Menger, aaO. (Verw. Arch., Bd. 49), S. 272 f

2) vgl. die Angaben bei Klinger, aaO., Bem. C zu § 25 MRVO 165 (Anm. 147, S. 196); BVerfG, Urt. v. 13. 6. 1952, Bd. 1, S. 333 ff (344); Ule (aaO.) kommt zu demselben Ergebnis, indem er die Voraussetzungen einer Rechtsschutzlücke stark einengt. Dadurch ist er in der Lage, bei sämtlichen Rechtsschutzlücken konsequent die verwaltungsgerichtliche Generalklausel eingreifen zu lassen, ohne daß auf diese Weise nichtrichterliche Akte im Straf- und Zivilprozeßverfahren der Kompetenz des justizfremden Verwaltungsgerichts zugeführt würden.

3) vgl. Bachof, Anm. zum Urt. des BVerwG v. 3. 11. 1955, MDR 1956, S. 315. Ähnliche Gedanken hegt auch Baumbach-Lauterbach, der sich dagegen wendet, daß Justizmaterien justizfremden Gerichten zugewiesen werden (Zivilprozeßordnung, Komm., Anhang hinter § 21 GVG). Offenbar sieht er aber keine Möglichkeit, diese Erwägungen in praktische Folgerungen für die Rechtsanwendung umzumünzen.

4) BVerwG, Urt. v. 19. 12. 57, Bd. 6, S. 86 ff (92); hierzu und zum Problem des Sachzusammenhangs bei der Rechtswegzuständigkeit vgl. BFH v. 17. 4. 51, BStBl. 51, III, S. 107 ff (109); BFH, Urt. v. 25. 7. 51, BStBl., III, 51, S. 173 ff (174), v. 7. 2. 52, BStBl., III, 1952, S. 76 ff (77), v. 4. 7. 52, BStBl. 1952, III, S. 207 f (207), v. 21. 8. 52, BStBl. 1952, III, S. 306, v. 6. 7. 55, BStBl. 55, III, S. 274; OVG Hamburg, Urt. v. 18. 1. 52, DVBl. 1952, S. 401 ff (403); OLG Köln, Urt. v. 19. 11. 1951, DVBl. 1952 S. 309 ff (310); OVG Münster v. 18. 2. 1957, JZ 58, S. 754 ff mit abl. Anm. H. H.

sungsrechtlich bindende Zuständigkeitsregel abzuleiten [1]. Dagegen darf er als Gesichtspunkt der Auslegung von der MRVO 165 nicht übersehen werden. Aus Art. 96 GG und § 25 I 3 MRVO 165 läßt sich ganz allgemein ableiten, daß grundsätzlich sachlich Zusammengehöriges von demselben Zweig der Rechtsprechung entschieden werden soll. Unter diesem Aspekt haben auch die Argumente der Gerichtsbarkeit, der angewandten Verfahrensordnung und der entscheidenden Behörde ihre Bedeutung.

Das Ergebnis ist, wie nicht immer herausgestellt wird, in doppelter Hinsicht zu beachten: einmal unter dem Gesichtspunkt des Ausschlusses der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel, dann aber auch unter dem der Zuweisung an eine andere Gerichtsbarkeit gemäß Art. 19 IV GG. Der Gedanke des Sachzusammenhanges liefert für die Zuständigkeit nach der Verfassung ebenfalls nur eine Auslegungsregel. Weiter zu gehen wäre nur dann möglich, wenn sonst das Ergebnis so unzweckmäßig und sinnwidrig wäre, daß es zu einer effektiven Beeinträchtigung des Rechtsschutzes kommen würde [2].

Die Rechtslage war in diesem Punkt trotz der teilweise abweichenden gesetzlichen Bestimmungen schon vor Inkraftreten der VerwGO in allen Bundesländern gleich. Dies ergibt sich aus einer sinnvollen Auslegung der einzelnen Verwaltungsgerichtsordnungen, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann [3].

Rupp; Maunz-Dürig, BemVIII, 3, b zu Art. 19 IV (Rdnr. 60); auch Lerche, Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1954, S. 628 entscheidet sich für den "sachgerechten Rechtsweg".

1) a. A. aber OLG Köln, aaO., mit abl. Anm. Bettermann; BFH, Urt. v. 17. 4. 51, JZ 1951, S. 596 ff (598); dagegen zutreffend Bachof, Über die Geltung des Art. 104 GG und von der Aufgabe des Richters zur Ausfüllung von Gesetzeslücken, JZ 1951, S. 737 ff (739); Urt. des württ. badischen VGH v. 4. 3. 52, JZ 1953, S. 50 mit insoweit zust. Anm. Bachof; BVerwG, Urt. v. 30. 10. 53, BVerwGE 1, S. 21 ff (25). Dementsprechend führt der BGH aus, daß grundsätzlich nicht der Richter gegen den Gesetzgeber die vernünftigste, zweckmäßigste und gerechteste Lösung durchsetzen könne (BGH, Urt. v. 16. 6. 58, BGHZ, Bd. 27, S. 382 ff (396 f).

2) Bachof, aaO. Das BVerwG unterläßt es im Urt. v. 19. 12. 57, BVerwGE, Bd. 6, S. 56 ff (93), diesen Gedanken aufzugreifen, so daß ihm Ule in seiner Anmerkung (JZ 1958, S. 560) vorhalten kann, Gesetze seien nicht schon wegen ihrer Sinnwidrigkeit nichtig. Gemäß Art. 19 IV GG sind vielmehr beim Ausschluß der Generalklausel die ordentlichen Gerichte zuständig (OLG Tübingen, Beschl. v. 16. 6. 50, DRZ 1950, S. 453; vgl. auch Maunz-Dürig, Bem. VIII, 3, a-Rdnr. 59- zu Art. 19 IV GG).

3) So bot § 37 III VGG eine Einbruchstelle für den Gedanken der gegenseitigen Nichteinmischung der Gerichte und getrennten Gerichtsbarkeiten. Der bayer. VerfGH, Entsch. v. 22. 3. 48, Verw. Rspr. 1949, Nr. 1, S. 4 = DÖV 1952, S. 313, legt diese Vorschrift mit Recht weit aus, anders Baumbach-Lauterbach, aaO.,

Die hier vertretene Auffassung zur Auslegung des Akts auf dem Gebiet des Strafprozesses wurde in gewisser Weise durch die Neuregelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bestätigt. Das Wesentliche bei § 23 EGGVG ist, daß Akte der Strafrechtspflege und solche, welche im Vollzug der Freiheitsstrafen ergehen, auch denn nicht in jedem Falle von der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel des § 40 VwGO erfaßt werden, wenn sie von nichtrichterlichen Behörden erlassen werden. Somit ist die Definition wieder abhängig von den Kriterien der Gerichtsbarkeit, des erlassenden Organs und der angewandten Verfahrensordnung, besonders aber der Berücksichtigung des sachlich zusammengehörigen und des Verbots des einander Hineinredens der sich grundsätzlich gleichwertigen Gerichtsbarkeiten. Der Gesetzgeber hat den ordentlichen Gerichten die Kontrolle von VA zugetraut und verfahrensrechtlich ausgestaltet, wodurch viele seitherige Bedenken gegen die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegenstandslos wurden [1].

Was nun die GA anbelangt, so ist zu berücksichtigen, daß der gesamt Strafvollzug entscheidend von der Strafgerichtsbarkeit beeinflußt ist [2]. Mit dem Strafvollzug ist das Gnadenwesen eng verknüpft. Im Gnadenverfahren werden die Strafakten beigezogen. Wenn auch die Gnadengründe grundsätzlich andere sein sollen als die Strafzumessungsgründe, sind doch Überschneidungen nicht vermeidbar [3]. Durchweg handelt es sich um eine Materie, welche dem Strafrich-

---

Anhang hinter § 21 GVG. Zur Einheitlichkeit der Rechtslage im Geltungsbereich des GG vgl. BVerwG, aaO. (Bd. 6), S. 90 f; Baring, Die Ablehnung der Aussagegenehmigung, ZBR 1956, S. 39; Soergel-Siebert, BGB, Bd. I, Einl., Rdnr. 96.

1) Es wurde vorgebracht, daß es unzweckmäßig sei, die ordentlichen Gerichte mit der Kontrolle von (Justiz-) VA zu betrauen; auch sei zweifelhaft, welches Verfahrensgesetz in solchen Fällen anzuwenden sei (Menger, aaO., S. 274; Hans Heinrich Rupp, Anm. z. Urt. des OVG Münsters v. 18. 12. 1957, JZ 1958, S. 756).

2) So ist der Jugendrichter vielfach Vollstreckungsleiter und Gnadenbehörde (vgl. Dalcke, Strafrecht und Strafverfahren, D, 4 (S. 1531). In Württemberg wurde die Zuständigkeit des Amtsrichters zum Erlaß von bedingten GA erst kürzlich beseitigt (AV des Justizministers v. 12. 6. 59, Die Justiz, 1959, S. 127). Die vielen gnadenähnlichen Richterakte sind aus dem Gnadenrecht gekommen und mit diesem verwandt (vgl. Breithaupt, Über die Notwendigkeit der bedingten Strafaussetzung durch den Richter, SJZ 1948, S. 372 ff; Felix, aaO. (StuW 60), Sp. 112 und oben, S. 8).

3) Zum Verhältnis von Strafzumessungs- und Gnadengründen vgl. Pralle, S. 80 f; Jagusch im Leipziger Komm. z. StGB, Bd. 1, S. 137 ff; Klees, S. 59 f; Berkenkamp, Betrachtungen über das Gnadenverfahren im Dritten Reich, Zeitschr. d. Akademie für Dt. Recht, 1937, S. 12.

ter vertraut ist und seinen strafrechtspflegerischen Aufgabenkreis betrifft. Der Autoritätsverlust der Strafgerichte wäre bei einer verwaltungsgerichtlichen Korrektur der GA noch größer, als der durch die Tätigkeit der Gnadenorgane ohnehin schon verursachte [1]. Der Eindruck, daß eine Gerichtsbarkeit gegen die andere mobilisiert würde [2], ließe sich nicht vermeiden. Aus all diesen Gründen ist der GA zur Strafrechtspflege zu zählen und deshalb der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte - hier also der Strafgerichte - unterworfen. Eine Ausnahme bilden auch nicht die GA des Steuerstrafverfahrens. Der BFH ist zwar früher von seiner Zuständigkeit zur Überprüfung der GA ausgegangen [3], hat aber später die Kompetenzen der ordentlichen Gerichte für gegeben erachtet, da es sich um Akte des Strafrechts und Strafverfahrens handele [4]. Damit ist das Ansehen der Strafgerichte, welches unter den häufigen Begnadigungen leidet, wieder gehoben und verhindert, daß die Verwaltungsgerichte sich durch die Nachprüfung des GA "in Nach-

---

1) Bendix sieht das Nebeneinander von Gnadeninstanz und Strafrichter sogar als echtes Gegeneinander (Einzelbegnadigung und Rechtskraft, Monatsschrift für Kriminalpsychologie, 1926, S. 114 ff).

2) Daß dies zu vermeiden ist, wurde besonders auch im Hinblick auf Art. 19 IV GG betont (Maunz-Dürig, Bem. II, 1, c (Rdnr. 17) zu Art. 19 IV GG; vgl. Menger, aaO., S. 272 f).

3) BFH v. 21. 8. 52, BStBl. 1952, III, S. 306; vgl. auch die übrigen oben S. 121, Anm. 1, zitierten Entscheidungen des BFH; dagegen Stieler, Zuständigkeit der Steuergerichte in Steuerstraf-Gnaden-Sachen? StuW 1953, Sp. 563 ff; vgl. Fließbach, Zur Frage der gerichtl. Anfechtbarkeit von einen Straferlaß ablehnenden VA im Verwaltungssteuerstrafverfahren, StuW 1959, Sp. 614 f. Hoffmann (Anm. z. Urt. d. BFH v. 6. 7. 55, FR 1955, S. 494 f) läßt es dahingestellt, ob die Straf- oder die Steuergerichte zuständig sind, die Steuerpflichtigen sollen selbst darüber befinden, wobei sie sich wahrscheinlich für die Steuergerichte entscheiden würden. Der Appel an den Gesetzgeber, der sich bestenfalls den Ausführungen Hoffmanns entnehmen läßt, entbindet jedoch nicht davon, schon für die gegenwärtige Rechtslage zu einem definitiven Ergebnis zu kommen.

4) BFH, Urt. v. 17. 12. 58, BStBl. 1959, III, S. 254 ff. Der BFH hat vorher eine ähnliche Schwenkung vollzogen. Nach erheblicher Kritik hat er nämlich seine Zuständigkeit zur Überprüfung von Beschwerdebescheiden der Oberfinanzdirektion in Strafsachen nicht mehr bejaht, so daß die Zuständigkeit der Strafgerichte nicht mehr fraglich ist (vgl. BFH, Urt. v. 10. 2. 58, NJW 1958, S. 846 ff; BGH, Urt. 21. 4. 59, NJW 59, S. 1230 ff mit insofern zust. Anm. Ad. Arndt; Maunz-Dürig, Bem. VIII, 3, c, bb (Rdnr. 60) zu Art. 19 IV GG; a. A. Fließbach, Erl. z. Urt. des BFH v. 6. 7. 55, StuW 1955, Sp. 789). Felix, aaO. (StuW 1960), Sp. 115 f, tritt für die Kompetenz der Steuergerichte zur Nachprüfung von GA, die im Anschluß an ein Unterwerfungsverfahren ergehen, ein: der GA sei hier keine strafrechtliche Maßnahme,

bars Garten bewegen" [1].

3. Zur Begründetheit der gerichtlichen Anfechtung

Die Klage ist dann begründet, wenn sich die behauptete Rechtsverletzung nachweisen läßt. Die Gnadenbehörde darf nicht von "falschen Tatsachen" bei der Gnadenentscheidung ausgegangen sein [2], oder allgemein gültige Bewertungsmaßstäbe [3], allgemeine Verfahrensgrundsätze [4] übersehen und gegen die Denkgesetze verstoßen haben, noch sich von sachfremden Erwägungen, welche den Zwecken der Gnade widersprechen, haben leiten lassen. Die auch sonst im Verwaltungsrecht verwendeten Maßstäbe sind also auch bei den GA anzuwenden. Allerdings ist ein Ermessensfehler nur bei besonders groben Verstößen anzunehmen.

Grundsätzlich ist fehlerhaft, wenn das Gnadenorgan überhaupt nicht auf die vom Antragsteller angegebenen Gründe eingeht, etwa die Mängel des Unterwerfungsverfahrens oder eine vorgebrachte materielle Notlage nicht berücksichtigt [5]. Grundwerte, wie sie etwa in Art. 6 GG verkörpert sind, müssen zur Kenntnis genommen werden [6], Benachteiligungen aus rassischen und religiösen Gesichtspunkten sind nicht zulässig [7]. Die Gnadenbehörde muß auch ih-

---

weil der Gnadenspender nicht in seiner Eigenschaft als Inhaber des staatlichen Strafanspruchs tätig werde, sondern als Verwaltungsbehörde. Die Ausführungen von Felix lassen jedes Eingehen auf § 23 EGGVG oder dessen Vorgänger vermissen; im übrigen verfügt die Gnadeninstanz über den Strafanspruch - falls man diese Konstruktion überhaupt anerkennt - (vgl. oben S. 15 ff).

1) Baring, aaO., S. 72. Nach Geerds (S. 36, Anm. 63) sind die Verwaltungsgerichte zur Nachprüfung des GA berufen, was aber nur für den Bereich des Dienststrafrechts überzeugend begründet werden könnte.

2) vgl. bei entsprechenden Sachgebieten BVerwG, Urt. v. 24. 4. 1959, JZ 1959, S. 781 ff; LVG Düsseldorf, Urt. v. 26. 11. 53, DVBl. 1954, S. 583 f; BVerwG, Urt. v. 30. 9. 58, BVerwGE, Bd. 7, S. 237 ff (238). Bei der Feststellung der Wirklichkeit ist ein ermessensähnlicher Spielraum des historischen und wissenschaftlichen Erkennens, des Augenmaßes und der Methode anzuerkennen (vgl. W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, Zweckmäßigkeitserwägung, S. 161; BVerwG, Urt. v. 27. 2. 57, BVerwGE, Bd. 4, S. 298 ff (300)).

3) BFH, Beschl. v. 23. 3. 55 und Urt. v. 6. 7. 55, BStBl. 55, III, S. 276

4) Bender, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 121

5) vgl. BFH, aaO., S. 275

6) Das OLG Düsseldorf weist die Klage gegen einen Gnadenentscheid, welche u. a. auf solche Gründe gestützt wurde, ab, weil es grundsätzlich kein Recht auf Gnade geben würde (Beschl. v. 1. 7. 1959, JZ 1959, S. 58 f).

7) Bei den Prüfungsentscheidungen sieht Werner in solchen Motiven eine Über-

ren Verpflichtungen zur Beschaffung von Unterlagen für die Gnadenentscheidung nachkommen [1].

II. Möglichkeiten einer Kontrolle begünstigender GA

1. Bedürfnis einer Kontrolle ?

Seit dem Aufkommen der konstitutionellen Staatsform ist das Gnadeninstitut vielfacher Kritik ausgesetzt. Das hängt anfänglich nicht, wie sich zunächst nahe legt, damit zusammen, daß in einem Verfassungsstaat die reine Gnade systemwidrig ist. Man erblickt vielmehr in den Begnadigungen ein Mißtrauen gegenüber den Gesetzen, die man für vollkommen hält, so daß die Gnade überflüssig zu sein scheint [2]. Später bemängelt man an der Gnadenausübung den Autoritätsverlust der Rechtsprechung, die nun nicht mehr das letzte Wort über die tatsächlich zu verbüßende Strafe hat [3]. Der Strafrichter bestimmt praktisch nur noch den oberen Rahmen einer Bestrafung [4]. Daneben wird noch beanstandet, daß der Sinn der Strafdrohung durch die vielen Begnadigungen unterminiert würde. Häufig wären auch die GA ungerecht. Die Gnadengewalt wäre besonders anfällig für eine mißbräuchliche Handhabung, weil die Gründe der Begnadigungen

---

schreitung der Prüfungsgewalt (Anm. z. Urt. d. Bayer. VerwGH v. 12. 10. 1951, DVBl. 1952, S. 342), was praktisch einen rügbaren Ermessensfehler bedeutet.

1) vgl. VGH Hessen, Urt. v. 20. 12. 48, DÖV 1949, S. 478. Weitere Ermessensfehler sind etwa, wenn sich die Gnadenbehörde zu Unrecht als gebunden ansehen würde (LVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 22. 4. 52, DVBl. 1953, S. 78 ff (80 f) mit Anm. H. Schneider). Über sonstige Ermessenüberschreitungen vgl. Amberger, Subjektiv-öffentliches Recht und freies Ermessen, S. 65; Bachof, Anm. z. Urt. d. LVG Rheinland-Pfalz v. 22. 4. 1952, NJW 1953, S. 317 ff (319) und oben S. 97 ff.

2) vgl. Hupe, S. 89 f. Über die Voraussetzung der Entstehung des Glaubens an die Lückenlosigkeit der Kodifikation grundlegender Rechtsnormen siehe Heller, Staatslehre, S. 272.

3) Bereits v. Mohl (S. 87 ff, 634 ff) befürchtet, daß durch ungerechtfertigte Begnadigungen der Eindruck entstehen könnte, als seien die Urteile der Gerichte häufig unverständig. Die Gnadenausübung kann bis zu einer Verhöhnung der Strafrechtspflege getrieben werden (vgl. Baumbach, Der Bankerott der Strafjustiz, DJZ 1928, Sp. 39 f; Ebermayer, Zur Amnestie, DJZ 1927, Sp. 485).

4) Schuld daran ist nicht unbedingt eine willkürliche Gnadenpraxis. So kann geradezu als "allgemein gültiger Bewertungsmaßstab" (vgl. S. 128) angesehen werden, daß nach Verbüßung von 2/3 einer längeren Freiheitsstrafe und guter Füh-

und das Verfahren nicht öffentlich sind [1]. Daraus wird teils die Forderung nach einer Aufhebung des Gnadenwesens [2], zumeist aber nach einer Einschränkung der Gnadenerweise abgeleitet [3]. Es wird aber auch versucht, die Gnadentätigkeit dadurch vor Mißbrauch zu bewahren, daß man den Gnadenorganen richterliche Unabhängigkeit zubilligt oder die Gerichte in das Gnadenverfahren ein-

---

rung von einer relativen Gnadenwürdigkeit auszugehen ist. Diese Voraussetzungen tauchen immer wieder als mögliche Gnadengründe auf (vgl. z. B. Stuttgarter Zeitung v. 16. 1. 1960, Nr. 12, S. 9, und v. 23. 12. 59, Nr. 296, S. 2 - Begnadigung von Oskar Wrany, Gnadengesuch für den früheren Reichsminister Albert Speer -).

1) Kern (Der gesetzliche Richter, S. 211) macht gegen das Gnadeninstitut, das ein Überbleibsel der Kabinettsjustiz sei, schwerste Bedenken geltend. Die Nachteile des Gnadenverfahrens haben sich deutlich im Dritten Reich gezeigt (vgl. Wimmer, Gerechtigkeit und Humanität im Strafrecht, JR 1947, S. 97 ff, 136 ff; Richtlinien der obersten SA-Führung für die Bearbeitung von Gnadensachen v. 28. 9, 1936, abgedruckt bei Menschell, Das gesamte dt. Gnadenrecht (1939), S. 302). Aber auch im Rechtsstaat erregt die Gnadenpraxis mitunter Mißfallen (so die vorzeitige Entlassung des früheren Abgeordneten L. Wille, Stuttgarter Zeitung v. 15. 12. 1960, Nr. 289, S. 2 - "Westberliner Justizkrise spitzt sich zu" -).

2) Besonders die italienischen Strafrechtslehrer Filangieri und Beccaria (Über Verbrechen und Strafen, S. 121 ff) sind hier zu nennen. Der code penal hat das Begnadigungsrecht abgeschafft, die Diktatur (Konsulat Napoleons) wieder eingeführt, vgl. Nieders, S. 44, Anm. 2, S. 80 ff; Grewe, S. 18 ff, 32 ff; ablehnend auch Kant, Metaphysik der Sitten, § 49, S. 165 f und Feuerbach (vgl. Hupe, S. 88 ff, 93).

3) Adolph, S. 23 f; Mohl, S. 653; Kern, Die Verdrängung des Rechts durch die Gnade, ZStrW 43 (1922), S. 594; Mittelbach, Zur Frage der Neuregelung des Gnadenrechts, NJW 1951, S. 98 f; Peters, Lehrbuch des Strafprozesses, S. 554 f; Hupe, S. 114; Klees, S. 42; Leineweber, S. 48 ff; Stähle, S. 88 f.

schaltet [1]. De lege ferenda [2] dürfte es ausreichend sein, sich mit einem suspensiven Veto des Strafrichters gegen begünstigende Akte der Gnadengewalt zu begnügen, um die Mannigfaltigkeit der Zwecke, die legitim durch die Gnade im Strafvollzug durchgesetzt werden, zu erhalten[3].

2. Die parlamentarische Verantwortlichkeit

De lege lata ist eine Kontrolle der Gnadengewalt, soweit sie nur begünstigend tätig wird, ausschließlich über die parlamentarische Kontrolle möglich. Kann nun das Parlament vom Justizminister verlangen, daß er über eine Begnadigung Rechenschaft ablegt? Wer die Gnade als irrationales, metarechtliches Phänomen ansieht, müßte eigentlich einem solchen Verlangen entgegentreten. Es wäre absurd, wenn der Gnadenspender seine in der Transzendenz begründete Gnadentugend im konkreten Fall analysieren würde. Vom Standpunkt der reinen Gnade aus, wäre daher

---

1) So möchte v. Mohl bei den Begnadigungen die Gerichte mitwirken lassen (vgl. Wever, S. 99). Siehe auch die Reformvorschläge bei Klees, S. 85; Cüppers, Die Neuregelung des Gnadenwesens, eine vordringliche Aufgabe der Bundesregierung, NJW 1949, S. 924; Junker, Über Gnadenwesen, ZStrW 63 (1951), S. 440 ff; Janetzke, Neue GnO im Lande Nordrhein-Westfalen, DRiZ 1952, S. 74 f. Für eine starke richterliche Beeinflussung des Gnadenverfahrens besonders Riss, Recht und Gnade, DRiZ 1914, Sp. 807 ff; Förster, Zur Neuordnung des Gnadenwesens, JR 50, S. 613; vgl. auch Mittermaier, Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. XIII, S. 153. In England kann der Innenminister freiwillig Gnadengesuche an das Berufungsgericht überweisen (Leineweber, S. 75). Nach der kalifornischen Verfassung kann der Gouverneur nur dann eine Begnadigung aussprechen, wenn das oberste Gericht des Staates eine solche empfiehlt.

2) "Eine gesetzliche Regelung der Einzelbegnadigung muß endlich erfolgen. Damit wird sie aus ihrer überlieferten obrigkeitlichen Behandlung in geheimrätlich gehüteten Amtsstuben erlöst und aus ihrem stiefmütterlichen Schattendasein ... in das helle Licht der Öffentlichkeit verpflanzt" (Bendix, aaO., S. 111).

3) Ein richterliches Mitspracherecht sowie sämtliche Kontrollmöglichkeiten der begünstigenden GA sind auch hinsichtlich der versagenden GA von gesteigerter Bedeutung, wenn sich die gerichtliche Nachprüfbarkeit der ablehnenden GA nicht durchsetzt. Die nunmehrige Inkompetenz des BFH in Gnadensachen bedeute praktisch in der Entwicklung der Justizkontrolle der GA einen schweren Rückschlag.

auch die parlamentarische Kontrolle in Gnadensachen abzulehnen [1]. Nach der hier vertretenen Auffassung von der Gnade im Recht ist kein Grund ersichtlich, der den Gnadenträger gegenüber dem Parlament von der Pflicht, Rede und Antwort zu stehen, entbinden könnte. Das Problem wurde früher in anderem Zusammenhang erörter. Es wurde die Frage aufgeworfen, ob auch GA des Präsidenten der Gegenzeichnung des zuständigen Ressortministers bedürfen und der Minister wiederum dem Parlament verantwortlich sei [2]. Hierbei hat sich die Lehre von der vollen Verantwortlichkeit in Gnadensachen durchgesetzt [3].
Die Gnadengewalt unterliegt also in vollem Umfange der parlamentarischen Kontrolle. In diesem Sinne hat sich bisher auch die staatsrechtlich-politische Praxis verhalten, die überhaupt von der These der überrechtlichen Gnade keinen ersichtlichen Gebrauch macht [4]. Soweit die durchgehende rechtliche Un-

---

1) Nach Mittermaier ist der eigentliche Entschluß der Begnadigung ein Ausfluß innerster Gesinnung und ein Akt des Gewissens, worüber keine juristische Rechenschaft möglich ist (Mittermaier, aaO., S. 151). E. Loening hält eine Nichtverantwortlichkeit des Minister nur dann für folgerichtig, wenn die GA grundlos erlassen würden, was er aber offenbar nicht annimmt (Das Begnadigungsrecht und die Ministerverantwortlichkeit, DJZ 1896, S. 431).

2) vgl. E. Loening, aaO., S. 429 ff

3) E. Loening, aaO., S. 431, wirft der Gegenmeinung nicht ganz zu Unrecht unklare Vorstellungen von einer eigenartigen, mystischen Natur des Begnadigungsrechts vor. Eine parlamentarische Verantwortlichkeit vertreten auch Laband, Das Gnadenrecht in Finanzsachen nach preußischem Recht, AöR, Bd. VII (1892), S. 209, und Leise, Steuergerichtliche Nachprüfbarkeit von Gnadensachen, NJW 1953 S. 1088 ff. Das ist bei Laband und Leise nicht unfolgerichtig, da beide zwar von der Antithese Gnade - Recht ausgehen, darunter jedoch offensichtlich nur den Gegensatz von materieller Gerechtigkeit und formellem Recht verstehen (vgl. oben S. 5, Anm. 1). Für eine Gegenzeichnungspflicht treten ein v. Bar, S. 475; Anschütz, Die Verfassung des Dt. Reiches (Komm.), Art. 49, Anm. 1; Laband, Das Staatsrecht des Dt. Reiches, III, S. 512; Binding, Grundriß des Dt. Strafrechts, S. 313; Pralle, S. 67 ff; auch der Abgeordnete Preuß ging von dieser Vorstellung aus (Entw. einer Verfassung des Dt. Reiches, Nr. 391, Mündl. Bericht des 8. Ausschusses, Nr. 59 der Drucksachen, 26. Sitzung, S. 289); a. A. Mittermaier, aaO., S. 151; Plochmann, S. 70. Zum Problem vgl. auch Ortloff, Das Begnadigungsrecht im konstitutionellen Rechtsstaate, GA 1897, S. 99 ff.

4) Z.B. hat das Justizministerium Baden-Württemberg die Begnadigung des ehemaligen Kreisleiters Oppenländer auf die schweren Vorwürfe des Abgeordneten Helmstädters hin durchaus rational gerechtfertigt (vgl. Stuttgarter Zeitung v. 21. 7. 59, Nr. 173, S. 3). Die Debatten des Bundestages über Amnestien

terworfenheit der Gnade nicht oder noch nicht mit einer richterlichen Prüfungsmöglichkeit gekrönt ist, muß im übrigen an die Selbstdisziplin und die Verfassungstreue der Gnadenorgane appelliert werden [1].
Damit ist die Entmythologisierung des Gnadeninstituts durchgeführt und der Versuch einer Klärung der Rechtsnatur des GA abgeschlossen. Durch die rechtliche Einordnung der Gnade wird dieselbe nicht zerstört, sondern in ihren eigentlich wertvollen Anliegen für den Verfassungsstaat erst systematisch tragbar und fruchtbar gemacht [2]. Das Wort des Abgeordneten M. Pétion de Villeneuves in der französischen Konstituante "la clémence d'une nation est d'etre juste" bedeutet so gesehen nicht wie damals die Aufhebung, sondern die Bestätigung der Einrichtung der Gnade [3].

---

stehen nur im Zeichen vernünftiger Gründe (vgl. z. B. Deutscher Bundestag, 2. Beratung des von der Fraktion der FDP eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes über die Gewährung von Straffreiheit, 201. Sitzung v. 4. 4. 1957, Stenographische Berichte, Bd. 36, S. 11427 ff. Der Abgeordnete Stammberger weist auf eine Wesensverschiedenheit von Gnade und Recht hin, ohne aber daraus schlüssig die tragende Begründung seines Antrags abzuleiten, vgl. Deutscher Bundestag, aaO., S. 11434 ff).

1) vgl. Werhahn (Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, S. 60), der in einer Situation, wo die "Zweckverwahrungsgebote" nicht mehr dem Zwang der Kontrollnormen ausgesetzt sind, vor einem ähnlichen Problem steht. Die unkontrollierbare Pflichtigkeit des Gnadenträgers ist auch schon von Adolph (s. 21) und Abegg (S. 250) bemerkt. Bachof mißt der rechtlichen Verbindlichkeit einer Vorschrift, die nicht der richterlichen Kognition unterliegt, geringe Bedeutung zu (Verfassungswidrige Verfassungsnormen ? S. 12).

2) Die Notwendigkeit des Gnadeninstituts anerkennen ausdrücklich v. Bar, S. 500, und v. Liszt-Schmidt, S. 440. Die von v. Mohl (S. 657) angesichts der damaligen Zustände in den U. S. A. befürchtete Willkür republikanischer Gnadenspender kann nicht als eingetreten angesehen werden.

3) vgl. Grewe, S. 32 f, 103; Hupe, S. 90. In den Worten de Villeneuves kommt die Auffassung der französischen Revolution, welche die Gnade als despotisches Rudiment beseitigen wollte, zum Ausdruck. Die Gerechtigkeit sollte durch den Gesetzgeber und die Gerichte verwirklicht werden. Plochmann (S. 60 f) weist zutreffend darauf hin, daß wenn die Gnade der Gerechtigkeit dienen würde, den Kritikern des Gnadenwesens der Boden überhaupt entzogen wäre.

LEBENSLAUF

Am 10. Juli 1936 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Karl Seitter und seiner Ehefrau Margarete, geb. Schmid, in Kleinaspach, Kreis Backnang, geboren. Nach 4-jähriger Grundschulzeit an der Volksschule Kleinaspach besuchte ich vom Herbst 1946 bis zur Reifeprüfung am 25. Februar 1955 das Gymnasium Backnang. Anschließend studierte ich 8 Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen und München. Am 1. Juli 1959 bestand ich in Tübingen die 1. juristische Staatsprüfung. Seit 1. Januar 1960 bin ich Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg. Gegenwärtig studiere ich an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer.